This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

~~GERMANY~~

Novation und Delegation

nach römischem Recht.

2239
35

Novation und Delegation

nach römischem Recht.

Ein civilistischer Versuch

von

Botho von Salpius,
Kreisgerichtsrath zu Stralsund.

8.

Berlin 1864.
Verlag der Königlichen Geheimen Ober-Hofbuchdruckerei
(R. v. Decker).

Rec. Dec. 12, 1888.

Vorwort.

Die Unterſuchungen, welche hier der juriſtiſchen Leſewelt vorgelegt werden, ſind zuerſt durch einen Rechtsfall angeregt worden, welcher beim hieſigen Kreisgericht zur Entſcheidung des Verfaſſers gelangte. Die eigenthümliche Hypothekenverfaſſung von Neuvorpommern und Rügen, vermöge deren der Verkehr mit Kapitalien ſich noch faſt ausſchließlich auf römiſchen Grundlagen bewegt, macht dem Richter hier mehr als in anderen Theilen Deutſchlands die Kluft fühlbar, welche zwiſchen der gemeinrechtlichen Theorie der Novation und Delegation und dem Bedürfniſſe des Lebens beſteht. Ein ganz ähnlicher Anlaß hat ſchon im Jahre 1853 in dem benachbarten Bergen die bekannte Schrift von Delbrück: »Die Uebernahme fremder Schulden«, hervorgerufen, welche mehr als je die allgemeine Aufmerkſamkeit auf den Gegenſtand gelenkt hat. Der Weg, welchen ich eingeſchlagen habe, um eine Löſung des Zwieſpalts zu ſuchen, iſt indeſſen ein anderer, als der meines Vorgängers. Während er den traditionellen Inhalt des römiſchen Rechts als feſtſtehend angenommen, und im Gegenſatze dazu das heutige Recht auf eine ſelbſtſtändige, moderne Entwickelung zu gründen geſucht hat, habe ich mir im Gegentheil eine Reviſion der romaniſtiſchen Doctrin zur nächſten Aufgabe geſtellt. Es ſchien mir vor Allem geboten, die römiſchen Grundbegriffe, an welche

sich neuerdings so viele unklare und widersprechende Vorstellungen geknüpft haben, in ihrer Reinheit wiederherzustellen, um dadurch für die weitere Untersuchung einen festen historischen Boden zu gewinnen. Demgemäß bildet das römische Recht mein Hauptthema; nur dieses sollte erschöpfend dargestellt werden, aber nicht aus dem Gesichtspunkte bloß antiquarischer Forschung, sondern als das bis in die Gegenwart fortwirkende Element, welches auch der heutige Praktiker aus seinen Quellen zu schöpfen hat.

Der Fortgang meiner Untersuchung hat mich mehr und mehr von der herrschenden Lehre entfernt, und der gegenwärtige Versuch läuft auf nichts Geringeres hinaus, als eine fundamentale Umgestaltung derselben. Ich verkenne nicht das Gewagte eines solchen Unternehmens. Die Resultate, zu denen ich gelangt bin, will ich hier nicht anticipiren; mögen sie für sich selbst sprechen. Aber auch für die Form der Darstellung machten sich große Schwierigkeiten geltend. Bisher Verbundenes mußte getrennt, Fernliegendes wiederum in Zusammenhang gebracht werden; auf vielen Punkten mußten die Grenzen des Gebiets neu gezogen, auf anderen verwandte Gegenstände in den Kreis der Betrachtung aufgenommen werden. Je mehr mir der Stoff unter den Händen wuchs, desto weniger wurde es möglich, ihm eine einfache, synthetische Gliederung zu geben. Ich habe also darauf verzichten müssen, meinen Lesern eine abgerundete Monographie des Gegenstandes zu bieten. Es blieb nur die Form einer umfangreicheren kritischen Erörterung; auch in diesem Sinne darf meine Arbeit keinen anderen Namen als den eines Versuches beanspruchen.

Aus der Litteratur der älteren und neueren Zeit habe ich in der Regel nur die bedeutendsten Erscheinungen berücksichtigt. Einige kürzlich erschienene Werke sind mir leider zu spät zugänglich geworden, um sie noch benutzen zu können, darunter

namentlich, dem engeren Gebiet der behandelten Fragen angehörig, die Schrift von Römer: »Die bedingte Novation nach dem römischen und heutigen gemeinen Recht.« Tübingen 1863. Daß ich der Quellenexegese überwiegende Aufmerksamkeit zugewendet habe, wird am wenigsten einer Entschuldigung bedürfen; es ist die einzige Waffe, mit welcher der Kampf gegen die Autorität der Meinungen unternommen werden kann. In dem Maße der Detailausführung haben sich während ihrer längeren Dauer manche Ungleichheiten zwischen den einzelnen Abschnitten eingeschlichen. Mögen diese im Hinblick auf die beschränkte und zersplitterte Zeit Nachsicht finden, welche neben den Ansprüchen einer richterlichen Thätigkeit überhaupt für dergleichen wissenschaftliche Arbeiten übrig bleibt.

Stralsund im October 1864.

Inhalt.

Seite

Einleitung. Das Verhältniß zwiſchen Novation und Delegation.

§. 1. Allgemeine Charakteriſtik der herrſchenden Lehre 1
§. 2. Die altitaliciſche Auffaſſung der Delegation 6
§. 3. Urſprung des heutigen Begriffes der Delegation 14
§. 4. Anfänge der Rückkehr zu einer ſelbſtſtändigen Betrachtung der Delegation. Ziel und Gang der nachfolgenden Unterſuchung . . 20

Erſte Abtheilung. Die Delegation.

Erſtes Kapitel. Der Begriff der Delegation im Allgemeinen.

§. 5. Stellung der Delegation in den Rechtsquellen 27
§. 6. Sprachgebrauch. Delegare alicui aliquid. Delegatio nominis 32
§. 7. Fortſetzung. Delegare aliquem 39
§. 8. Begriff und Function der Delegation im Allgemeinen. Deckung und Valuta 41
§. 9. Das Verhältniß zwiſchen Delegant und Delegat (jussus). Gegenſatz von jussus und Mandat. Die actio quod jussu . 48
§. 10. Der jussus bei der Delegation. Beſondere Fälle, in denen ein wirkliches Mandat concurrirt 54
§. 11. Unmittelbare Rückwirkung der Leiſtung des Delegaten auf das Vermögen des Delegaten. Condictionsnatur der Revalirungsklage 59
§. 12. Einſeitigkeit des jussus. Widerruflichkeit. Erlöſchen mit dem Tode des jubens 67
§. 13. Verhältniß des Delegaten zum Delegatar 70
§. 14. Die Leiſtung des Delegaten an den Delegatar. Reine und titulirte Delegation 75

Zweites Kapitel. Die Creditanweiſung (delegatio im engeren Sinne).

§. 15. Die Delegation durch Litteralcontract. Einrichtung der codices accepti et expensi 79
§. 16. Abſtracte Natur der nomina. Die transcriptio a persona in personam 87
§. 17. Subjective Beſchränkung der nomina auf die Perſon des Gläubigers und Schuldners. Unmöglichkeit eines Correalverhältniſſes durch Litteralcontract. Die nomina transcripticia ſtehen dem baaren Gelde gleich 95

Seite

§. 18. Die Delegation durch Stipulation. Uebereinstimmende Geltung des Hauptgrundsatzes. Rückwirkung auf das Valutaverhältniß: solvit, qui reum delegat 100
§. 19. Die Delegation credendi causa. Das periculum nominis bei der dos. Die Delegation schenkungshalber 109
§. 20. Rückwirkung auf das Deckungsverhältniß 114
§. 21. Die neue Obligation zwischen dem Delegaten und Delegatar . 118
§. 22. Die titulirte Creditanweisung. Besonderheit der Stipulation dotis nomine. Uebergang der Delegation in die Successsion . 123

Zweite Abtheilung. Die Novation.

Erstes Kapitel. Die Novation als formeller Tilgungsact des alten jus civile.

§. 23. Stellung der Novation im System des Gajus. Sprachgebrauch 131
§. 24. Die Schuldtilgungsarten des alten Rechts als Correlate der Obligationsformen. Allgemeine Anwendbarkeit der Novation . 135
§. 25. Verhältniß der Novation zur Litiscontestation 139
§. 26. Bedingungen der Novation. Stipulation. Stipulatio utilis in formellem Sinne 146
§. 27. Fortsetzung. Einzelne Fälle von stipulationes inutiles. Bedingte Novationsstipulation 151
§. 28. Identität des Objects der alten und neuen Obligation. Ausdruck derselben in der Stipulationsformel 159
§. 29. Die formula incerta: quidquid dare facere oportet. Stipulatio Aquiliana. Die Successionsformeln. Grenze derselben gegen die Correalstipulationen 163
§. 30. Die Stipulation: rem aliquam dari 171
§. 31. Die stipulatio certae pecuniae. Parallelismus der Klagformeln. Aufnahme der causa in die Formel 179
§. 32. Der animus novandi 186
§. 33. Wirkung der Novation im älteren Recht 192
§. 34. Die Consumtionswirkung. Künftige Leistungen. Zinsen. Correalobligationen. Fortdauer einer naturalis obligatio 196
§. 35. Die Satisfactionswirkung, insbesondere in Bezug auf das Pfandrecht 206

Zweites Kapitel. Die Novation als Liberationsact im späteren römischen Recht.

§. 36. Allgemeine Bedeutung der Stipulation bei den Römern. Verhältniß des Formalacts zur causa stipulationis. Die materiellen Stipulationen als Sitz der Novation im späteren Recht . . . 211
§. 37. Verhältniß der Stipulation zu gleichzeitigen materiellen Verträgen. Subsidiäre Natur der bonae fidei actiones gegenüber der Stipulationsklage. Die stipulatio duplae und die actio empti 221
§. 38. Die spätere Entwickelung. Besonderheit der Darlehnsstipulation 231
§. 39. Die Pönalstipulationen. Die prätorischen satisdationes wegen künftiger Ansprüche 239
§. 40. Materielle Stipulationen im Verhältniß zu vorausgegangenen Verbindlichkeiten 245

Seite

§. 41. Rückblick auf die Entwickelung im classischen Recht. Accessorische Verpflichtung aus der Stipulation. Umwandlung des Novationsbegriffes. Rückwirkung auf das ältere Institut. Die Theorie Ulpians 249
§. 42. Die sogenannten Präsumtionen für den animus novandi . . 256
§. 43. Die c. ult. h. t. Aeltere und neuere Controverse über dieselbe 261
§. 44. Der wahre Inhalt der Justinianischen Reform 268

Drittes Kapitel. Die obligatorische Wirkung der Novationsstipulation.

§. 45. Anfechtbarkeit der stipulatio debiti an sich. Einreden aus dem früheren Schuldverhältniß 274
§. 46. Bedeutung des Irrthums für die Anfechtbarkeit der Stipulation. Anfechtung durch Klage. Die Liberationscondictionen im Allgemeinen 284
§. 47. Die condictio indebiti promissi insonderheit. Classisches Recht 291
§. 48. Fortsetzung. Spätere Entwickelung 298
§. 49. Bedeutung der confessio. Das constitutum 306
§. 50. Die exceptio non numeratae pecuniae. Untergang der formellobligatorischen Wirkung der Stipulation 314
§. 51. Das Darlehn mit fingirter Numeration. Der einfache Schuldschein im Justinianischen Recht 323
§. 52. Grenze des Numerationsbekenntnisses gegen die Agnition und gegen die Novation 329
§. 53. Die Novation im Justinianischen Recht 336

Dritte Abtheilung. Die Succession in obligatorische Rechte und Verpflichtungen.

Erstes Kapitel. Der ältere Rechtszustand im Allgemeinen.

§. 54. Die Novation mit Personenwechsel im alten Recht. Eigenthümlichkeit der Formel rem dari 341
§. 55. Der Begriff der Succession. Anwendung desselben auf obligatorische Rechte und Verpflichtungen. Die Successionsformen des älteren Rechts 345
§. 56. Die Novation als Successionsform 354
§. 57. Die Litiscontestation als Successionsform. Verhältniß derselben zur Proceßvollmacht 360
§. 58. Die Bedeutung des cognitor und procurator in rem suam. Parallelismus mit der Novation. Der jussus stipulandi . . 372
§. 59. Gegensatz von Activ- und Passivsuccession. Verhältniß beider zur Delegation 379

Zweites Kapitel. Die Activsuccession.

§. 60. Der Verkehr mit Forderungen in seiner älteren Gestalt. Stellung des procurator in rem suam vor der Litiscontestation . . 388
§. 61. Die actiones utiles des späteren Rechts. Verhältniß derselben zur actio mandata. Unhaltbarkeit der Mühlenbruchschen Auffassung 394

Seite

§. 62. Fortsetzung. Die Fälle von Universalsuccession 401
§. 63. Das pignus nominis als Vorbild der späteren Singularsuccession 406
§. 64. Das Wesen der Cession als der Activsuccession des späteren Rechts 414
§. 65. Rückwirkung auf die ältere Successionsform. Verschmelzung beider Institute im Justinianischen Recht 421
§. 66. Verschwinden der Novation mit Veränderung des Gläubigers . 426

Drittes Kapitel. Die Passivsuccession.

§. 67. Spätere Gestalt der Passivsuccession im Allgemeinen 433
§. 68. Die Liberation des früheren Schuldners 439
§. 69. Der Inhalt der neuen Obligation 443

Schlußbetrachtungen. Consequenzen für das heutige Recht.

§. 70. Allgemeine Vorbemerkungen 450
§. 71. Untergang der Stipulationsform und allgemeine Klagbarkeit der Verträge 456
§. 72. Der Wechsel als Formalcontract des heutigen Rechts 460
§. 73. Die römische Delegation als Grundlage der heutigen Anweisung. Unhaltbarkeit des Begriffes der Assignation 467
§. 74. Allgemeine Theorie der Anweisung 472
§. 75. Die Credittanweisung im Besonderen. Das Anweisungsaccept . 478
§. 76. Gegensatz des fremden und einheimischen Rechts. Anweisung ist keine Zahlung 485
§. 77. Die heutige Novation durch formlosen Vertrag 491
§. 78. Verwandlung einer Schuld in ein Darlehn. Die sogenannte Novation durch Ausstellung eines Wechsels 496
§. 79. Der Anerkennungsvertrag. Schuldschein und causa debendi . 500
§. 80. Die Passivsuccession im heutigen Recht 507

Quellenregister 513

Einleitung.

Das Verhältniß zwiſchen Novation und Delegation.

§. 1. Allgemeine Charakteriſtik der herrſchenden Lehre.

Vielleicht giebt es im Lehrgebäude des römiſchen Rechts wenige Abſchnitte, welche ſeit dem Wiedererwachen der Jurisprudenz bis auf den heutigen Tag ſo geringe Umwandlungen erlitten haben, wie die Lehre von der Novation. Man nehme beiſpielsweiſe die summa codicis von Azo vor Augen, einen der erſten Verſuche zuſammenhängender Behandlung des römiſchen Rechts überhaupt, und vergleiche damit irgend ein gangbares Compendium der heutigen Zeit; keine einigermaßen erhebliche Abweichung wird an den Zwiſchenraum von beinahe ſieben Jahrhunderten erinnern, der beide Darſtellungen des Gegenſtandes von einander trennt. Stellung im Syſtem, Definition, Eintheilung und Hauptgrundſätze haben ſich während der ganzen dazwiſchenliegenden Zeit in ziemlich unveränderter Tradition erhalten.

Novation iſt die Aufhebung einer beſtehenden Obligation, und zwar dadurch, daß an Stelle der aufgehobenen eine neue Obligation conſtituirt wird. So ungefähr lautet heutzutage die gewöhnliche Begriffsbeſtimmung — im engſten Anſchluß an die Legaldefinition, mit deren Wiedergabe die älteren Juriſten ſich zu begnügen pflegten:

> Novatio est prioris debiti in aliam obligationem — transfusio atque translatio, hoc est *cum ex praecedente causa ita nova constituitur ut prior perimatur.* l. 1. pr. de novationibus (46,2).

Ein liberatoriſches und ein obligatoriſches Element ſind in der Novation mit einander verbunden; jenes aber ſteht im Vordergrunde und weiſt ihr die Stelle unter den modis tollendi obligationem an, die ſie auch in den Juſtinianiſchen Inſtitutionen einnimmt.

> §. 3. inst. quibus modis tollitur obligatio (3,30).

Nur vorübergehend — namentlich gegen Ende des vorigen und anfangs des gegenwärtigen Jahrhunderts — ist von dieser quellenmäßigen Grundanschauung abgewichen worden. Damals gab man dem Begriff der Novation eine solche Allgemeinheit, daß dadurch fast alle ihre charakteristischen Eigenschaften verwischt wurden. Einer der letzten Vertreter dieser Richtung ist Thibaut, welcher[1]) die Novation unter den Nebenverträgen abhandelt, und sie als »einen Vertrag« definirt, »wo»durch irgend etwas an einer bestehenden Verbindlichkeit geändert wird, »ohne das ganze Recht des Gläubigers in der Hauptsache aufzuheben.« Daran knüpft sich denn die damals übliche Eintheilung in novatio cumulativa und privativa; nur die letztere ist dasjenige Institut, welches im römischen Sinne auf den Namen Novation Anspruch machen darf. Dies sind jetzt schon ziemlich vergessene Ausschreitungen, welche die Continuität der Doctrin im Allgemeinen nicht wesentlich unterbrochen haben.

Aus dem Detail der Lehre will ich nur an die Hauptsätze erinnern. Die Novation setzt voraus:

1. eine bestehende Verbindlichkeit; von welcher Beschaffenheit ist gleichgültig;
2. eine neue an deren Stelle eingegangene Obligation; dies muß eine gültige sein, unter Umständen genügt eine naturalis obligatio; sie muß sich in irgend einer Art von der früheren unterscheiden, sei es durch Wechsel der Personen, oder des Inhalts, oder auch nur der causa debendi; ist die neue Obligation bedingt, so kommt die Novation erst mit dem Eintritt der Bedingung zu Stande;
3. die Absicht der Contrahenten muß darauf gerichtet sein, die alte Obligation durch die neue zu ersetzen (animus novandi); sonst bestehen beide neben einander, und erst mit der Erfüllung der einen wird die andere aufgehoben.

Die Wirkung der Novation ist Aufhebung der früheren Obligation mit allen ihren Accessionen; der Zinsenlauf wird sistirt, die Bürgen befreit, die Privilegien gehen unter, ebenso die Pfandrechte, wenn sie nicht besonders vorbehalten werden u. s. w.

Das Alles sind fast unmittelbar aus den Quellen entnommene Sätze, welche in den Commentarien und Lehrbüchern aller Zeiten in größter Uebereinstimmung anzutreffen sind. Neben der Novation durch Vertrag (novatio voluntaria) wird dann auch heutzutage in der Regel noch die sogenannte novatio necessaria durch Litiscontestation und Urtheil als eine Abart mit beschränkter Wirkung abgehandelt; ganz in der Gestalt, wie diese Theorie schon bei den Glossatoren vorkommt.

1) System des Pandektenrechts §§. 934. folg.

Nur eine Frage ist Gegenstand einer berühmten Schulcontroverse geworden; ob nach der Justinianischen Gesetzgebung (c. 8. de novationibus, 8,42) der animus novandi mit ausdrücklichen Worten erklärt werden müsse, oder in welchem Umfange und mit welcher Wirkung eine tacita novatio statthaft sei. Auch dieser Streitpunkt reicht bis in die älteste Zeit zurück, wenngleich er im Laufe der Entwickelung eine etwas andere Gestalt angenommen hat. Wir besitzen darüber eine äußerst reichhaltige Specialliteratur, von der ich mir vorbehalte, seiner Zeit eine Uebersicht zu geben. Alte und neue Behandlungen dieser Frage haben sich aber auf einem so beschränkten Gebiete gehalten, daß sie ohne alle befruchtende Rückwirkung auf die allgemeine Auffassung des Instituts geblieben sind.

Umfassendere monographische Bearbeitungen des Gegenstandes von einiger Bedeutung giebt es nicht. Die Lehre ist eben in den Händen derjenigen Schriftsteller geblieben, die sich die Ueberlieferung des ganzen Rechtssystems zur Aufgabe stellten, und, wo nicht von außen ein besonderer Anstoß gegeben wurde, von Generation zu Generation das Vorgefundene ohne sonderliche Kritik zu wiederholen gewohnt waren.

Erst in der neuesten Zeit ist in diesen Zustand von Stagnation einige Bewegung gekommen durch die vermehrte Aufmerksamkeit, welche der Bedeutung der Stipulation im römischen Recht zugewendet worden ist. Durch die epochemachenden Untersuchungen von Liebe und Gneist haben wir die Stipulation als einen Formalcontract kennen gelernt, der ein einseitiges, abstractes Forderungsrecht erzeugen kann, und erst durch die zu Grunde liegende causa in jedem einzelnen Falle seine besondere Bestimmung erhält. Dieser allgemeinen Auffassung ordnet sich nun die Novation auf natürliche Weise als eine Stipulation solvendi causa, eine Zahlung mit einem Forderungsrecht unter. Namentlich Liebe hat ihr in diesem Zusammenhange einen umfangreichen Abschnitt seines Werkes[2]) gewidmet, der durch zahlreiche Detailuntersuchungen und gründliche Quellenforschung fast die Bedeutung einer selbstständigen Bearbeitung beanspruchen kann. Mit dieser Auffassung ist gleichzeitig der Gegensatz zwischen römischem und heutigem Recht, Stipulation und formlosem Versprechen von erneutem Interesse geworden. Die Möglichkeit, die Stipulation in ihrer formellen Wirkung durch den einfachen Vertrag zu ersetzen, und damit die Fortexistenz der Novation im römischen Sinne ist geradezu in Zweifel gezogen worden.[3])

2) Die Stipulation und das einfache Versprechen. Dritter Abschnitt: Die Stipulation im Verhältniß zu schon bestehenden Verbindlichkeiten, S. 156—343.

3) So namentlich von Gneist: Die formellen Verträge des neueren römischen Obligationenrechts S. 229. 230.

Der Gegenstand ist dadurch von allen Seiten mit den am lebhaftesten ventilirten Fragen der heutigen juristischen Litteratur in unmittelbaren Zusammenhang getreten. Bisher ist die Doctrin allerdings noch nicht dahin gelangt, positive Resultate aus diesen Bestrebungen zu gewinnen; die herrschende Lehre ist vielmehr in eine Art von Gährungsproceß gerathen, der noch des klärenden Abschlusses wartet. Die einzelnen hierher gehörigen Untersuchungen neuerer Schriftsteller werden im ferneren Laufe der Darstellung vielfach nähere Berücksichtigung finden, weshalb ich mich hier auf diese vorläufige Andeutung beschränken kann.

Wenig Beachtung hat auch in neuester Zeit ein Punkt gefunden, der gleichwohl für die Gestaltung der ganzen Lehre von entscheidender Bedeutung ist, nämlich das Verhältniß zwischen Novation und Delegation. Nach der herrschenden Auffassung ist die Novation das Genus, die Delegation eine Species derselben. Die Novation kann zunächst unter denselben Partheien stattfinden, oder es kann ein Personenwechsel damit verbunden sein. Die Delegation ist immer ein Rechtsgeschäft unter drei Personen; doch ist nicht jede Novation mit Personenwechsel zugleich eine Delegation, vielmehr beruht die Abgrenzung dieses Begriffes auf folgendem Gedankengange. Es kann eine Veränderung der Person eintreten entweder auf Seiten des Gläubigers, oder auf Seiten des Schuldners. Das Erstere ist nur möglich mit Zustimmung des früheren Gläubigers, welcher seine Forderung verlieren soll; das Letztere kann geschehen auch ohne Wissen und Willen des früheren Schuldners, der von seiner Schuld befreit werden soll. Innerhalb dieses letzteren Falles wird also eine neue Unterscheidung gemacht, und es ergiebt sich nun für die Gesammteintheilung der Novation folgendes Schema:

1. Novation unter denselben Personen: *novatio simplex;*
2. Novation mit Veränderung des Gläubigers: erster Fall der Delegation;
3. Novation mit Veränderung des Schuldners:
   a) unter Mitwirkung des früheren Schuldners: zweiter Fall der Delegation,
   b) ohne Mitwirkung des früheren Schuldners: Expromission.

Unter dem Namen Delegation werden also zwei an sich verschiedene Fälle zusammengefaßt, deren gemeinsames Element nur darin besteht, daß sie auf dem Consense aller drei betheiligten Personen beruhen. Delegation kommt nach dieser Begriffsbestimmung zu Stande durch das Zusammenwirken dreier Personen zu dem gemeinschaftlichen Zwecke, unter zweien von ihnen eine Obligation aufzuheben, und an deren Stelle unter zwei anderen eine neue zu begründen. Der aus dem Obligationsnexus Ausscheidende

ist der Delegant, der neue Schuldner der Delegat, der neue Gläubiger der Delegatar. Der Delegant wird in dem einen Falle als Gläubiger des Delegaten, im anderen als Schuldner des Delegatars vorausgesetzt. Er kann auch beides zugleich sein, und das ist gerade der gewöhnlichste Fall. Gleichwohl herrscht über denselben in der Theorie die meiste Unklarheit. Nach der Vorstellung Einiger werden nun beide bestehende Obligationen durch Novation aufgehoben, und durch eine einfache neue ersetzt, z. B.

Gesterding im Archiv für civilistische Praxis Bd. II. S. 230.

Fein, Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation S. 24.

Andere nehmen nur eine Obligation als Gegenstand der Novation an, und zwar die zwischen dem Deleganten und Delegatar, so daß also unser Fall der Novation mit Veränderung des Schuldners zugezählt, und die Tilgung des Schuldverhältnisses zwischen dem Deleganten und Delegaten auf einen andern Vorgang zurückgeführt wird. So:

Göschen Vorlesungen §. 451.

Seuffert Pandektenrecht §. 382.

Wieder Andere unterscheiden nach der besonderen Absicht der Contrahenten, so daß bald die eine, bald die andere Obligation als die novirte erscheint, z. B.

Liebe Stipulation S. 198, Note 1.

Fitting Correalobligationen S. 50. 51. bes. Note 57.

Diese Divergenz der Ansichten fordert gewiß zu einer näheren Untersuchung auf; indessen hat man sich so sehr daran gewöhnt, die Delegation in der Doctrin als von der Novation abgeleitet zu betrachten, daß es wohl einer besonderen Rechtfertigung bedarf, wenn ich die Begriffsbestimmung der Delegation zum Ausgangspunkt der ganzen Darstellung nehme. Die Veranlassung, welche mich dazu bestimmt, wird am meisten verständlich werden durch einen Rückblick auf die früheren Auffassungen derselben.

Was ich vorhin über die Stabilität des Dogma gesagt habe, gilt nur von der Novation im engeren Sinne, nicht von der Delegation. Von dieser kann man viel eher das Umgekehrte behaupten; der Begriff hat sich im Laufe der Zeit so sehr verändert, daß die älteste Gestalt desselben dem Bewußtsein und fast dem Verständniß der Gegenwart vollständig entrückt ist. Gänzlich verschiedene Grundanschauungen haben in zwei großen Perioden der Rechtsgeschichte geherrscht, deren Grenze in der Hauptsache mit der Reception des römischen Rechts in Deutschland zusammenfällt. Nur bis in diese Epoche laufen die Wurzeln der heutigen Doctrin zurück; darüber hinaus fehlt fast jeder Faden des Zusammen-

hanges. Die Theorie der italieniſchen Juriſten des Mittelalters über die Delegation iſt gleichwohl in ſich von dem größten Intereſſe und bedarf zunächſt einer eingehenderen Erörterung.

§. 2. Die altitalieniſche Auffaſſung der Delegation.

Schon die Gloſſatoren erklärten die Delegation für eine Species der Novation:

> gl. ad rubr. dig. de novationibus. — Nota, quod *per delegationem fit novatio.* — Ideo tamen posuit *genus et speciem*, quia maxime tractat *de ea novatione, quae fit per delegationem.*
>
> gl. *non est interposita* ad c. 3. eod. *Delegatio praesupponit novationem* et sic — *ubicunque est delegatio, est novatio,* sed non convertitur quia novatio etiam in eadem persona fieri potest, sed non delegatio.

Die Uebereinſtimmung dieſer Ausſprüche mit der heutigen Lehre iſt aber nur eine ſcheinbare. Der Name einer Novation wird der Delegation nur ihrer Wirkung nach beigelegt; in ihren Vorausſetzungen iſt ſie ein durchaus geſondertes, auf völlig verſchiedenen Grundlagen beruhendes Rechtsinſtitut. Dies zeigt ſich denn beſonders darin, daß auch der Fall der Novation mit Perſonenwechſel von der Delegation überall ſtreng unterſchieden wird.

Betrachten wir z. B. die Formulare, welche Durantis (um 1271) für beide Rechtsgeſchäfte giebt. Eine Novation lautet bei ihm folgendermaßen:[1])

> Ego H. novandi animo promitto tibi Joanni dare et solvere decem, quae tibi debebat P. ex tali causa, ut deinceps ipse liberetur et ego obligatus existam, quae omnia promitto attendere etc.

Dies iſt der Fall einer Novation durch Eintritt eines neuen Schuldners, und zwar nicht etwa die Expromiſſion im heutigen Sinne, ſondern genau das, was wir heuzutage Delegation nennen, denn aus der einleitenden Bemerkung: cum quis vult *se penitus liberare, et reum principalem dare*, sic scribetur geht ausdrücklich hervor, daß die Initiative des früheren Schuldners bei dem Geſchäfte vorausgeſetzt iſt. Im Sinne des italieniſchen Juriſten iſt dies nun aber keine Delegation; von dieſer giebt er vielmehr folgendes Beiſpiel:[2])

1) *Durantis* speculum juris lib. IV. pars 3. tit. de obligationibus et solutionibus §. Ante (1) num. 24.

2) l. c. §. Nunc (3) num. 1.

Cum A. teneretur ex causa mutui, ut confessus et contentus fuit ad debitum et in debito centum libr. Tur. B., et ipse B. prout asserit confessus est quod debitor esset in eadem quantitate C. nomine pretii et pro pretio cujusdam quantitatis lanae, *idem B. praedictum A. debitorem suum ipsi C. creditori suo* in eadem quantitate pecuniae *delegavit:* quapropter *dictus A. de ipsius B. mandato et voluntate se ipsius C. principalem constituens debitorem, promisit solemniter* sine aliqua exceptione juris vel facti se obligando dicto C. pro se suisque heredibus *stipulanti solvere* et dare eidem aut ejus certo nuncio, hinc ad talem diem dictas centum lib. quas ipse dicto B. et ipse B. dicto C., ut dictum est, solvere tenebatur.

Nun folgen eine Reihe von Cautelen und Renunciationen zur Sicherſtellung der neuen Forderung und dann noch einmal als Schlußclauſel:

Haec acta sunt praesente dicto B. delegante et mandante omnia fieri supra dicta.

Bei einer Vergleichung beider Geſchäftsformulare muß zunächſt ein Umſtand auffallen. Bei der Novation iſt dem Erforderniſſe ausdrücklicher Erklärung des animus novandi nach der ſtrengſten Anſicht Genüge geleiſtet: ego H. *novandi animo* promitto. In der Delegation iſt eine auf Befreiung des Deleganten abzielende Willenserklärung gar nicht enthalten. Wenn die mitgetheilte Urkunde einem heutigen Richter vorgelegt würde, ohne den Beweis eines außer derſelben liegenden liberatoriſchen Abkommens, ſo würde er geradezu für die Fortdauer der Kaufgeldſchuld des B. neben der neu übernommenen Verpflichtung des C. entſcheiden müſſen, denn wir haben in der Hauptſache weiter nichts vor uns, als eine auf Anweiſung des B. dem A. gegenüber vollzogene Promiſſion des C. Gleichwohl war die Befreiung ſowohl des B. von ſeiner Schuld gegen A., als des C. von ſeiner Schuld gegen B. nach damaliger Auffaſſung die nothwendige Folge eines derartigen Anweiſungsgeſchäfts. Der altitalieniſche Begriff der Delegation beruht auf einem von dem heutigen verſchiedenen Rechtszuſtande.

Die Vorausſetzungen der Delegation ſind nach der Lehre der italieniſchen Juriſten folgende:

1. eine promissio des Delegaten und zwar per stipulationem, d. h. in derjenigen Form, in der die Stipulation damals überhaupt noch exiſtirte, als Contractsclauſel, wie ſie auch in dem Formular des Durantis nicht vergeſſen iſt. Später wurde in der Regel jedes ſchriftliche Verſprechen der Stipulation gleichgeſtellt; der formloſe Vertrag genügte de jure canonico und was

noch wichtiger ist in curia mercatorum, ubi non spectantur apices juris. In der Regel wird noch besonders hervorgehoben, daß der Delegat tanquam debitor d. h. tanquam debitor principalis versprechen müsse.

2. Diese promissio mußte de mandato des Deleganten erfolgen. Ueber den nothwendigen Inhalt dieses Mandats drehte sich der Hauptstreit unter den damaligen Theoretikern. Die Meisten forderten ein mandatum ut promittat, oder wenigstens ein mandatum ut solvat vel promittat. Einige legten auch dem bloßen mandatum ut solvat, wenn darauf eine promissio erfolgte, die Wirkung der Delegation bei. Hauptautorität für diese Ansicht war *Bartolus* ad l. 15. de rebus creditis (12,1) num. 19. und ihm folgte, wie auch seine Gegner anerkennen, die Praxis namentlich des Handelsstandes.
3. Der Delegat mußte Schuldner des Deleganten sein. Dieses Erforderniß ist von untergeordneter Bedeutung und war überdies ebenfalls controvers. Bedeutende Autoritäten, namentlich *Franciscus de Accoltis (Aretinus)* consil. 5. leugneten es oder ließen wenigstens die delegatio non debitoris als eine improprie oder largo modo dicta zu. Die Praxis folgte auch hier der freieren Ansicht — vergl. namentlich *Matth. de Afflictis* decisiones Neapolitanae dec. 353.

Wenn diese Voraussetzungen der Delegation vorhanden waren, so war der Erfolg derselben der, daß der Delegat dem Delegatar gegenüber unbedingt verhaftet, dagegen sowohl der Delegat von der Forderung des Deleganten, als dieser von der Forderung des Delegatars vollständig befreit war. Das Geschäft war in allen Richtungen irrevocabel. Insbesondere trat die liberatorische Wirkung desselben ein — das ist der wichtigste Punkt — ohne Rücksicht auf die besondere Absicht der Contrahenten. Der *animus novandi* war kein Erforderniß der Delegation. Die italienischen Juristen drücken das so aus:

In delegatione semper inest novatio, etiam jure novissimo.

Nach ihrer Theorie nämlich war die Justinianische Constitution über den animus novandi (c. ult. de novationibus), durch welche im Uebrigen das jus digestorum corrigebatur, auf die Delegation nicht anwendbar. Dies war ein damals völlig unbestrittener Satz[3]), dessen Meinung aber keineswegs dahin ging, daß die Novation mit Personenwechsel überhaupt nach anderen Grundsätzen zu beurtheilen sei als die Nova-

3) Als vereinzelter Vertreter der entgegengesetzten Ansicht wird Lud. Romanus (1409—1439) genannt, dessen Commentar mir nicht zugänglich gewesen ist.

tion unter denſelben Partheien. Vielmehr wurde die Delegation, wie wir bereits geſehen haben, als etwas von Beidem Verſchiedenes aufgefaßt. Wenn in einem einzelnen Falle die Liberation eines Schuldners durch Promiſſion eines Anderen in Frage kam, ſo wurde jedesmal beſonders geprüft: erſtens, ob der animus novandi in genügender Ausdrücklichkeit vorlag — dann war die Sache aus dem Geſichtspunkt der Novation zu entſcheiden, und auf weitere Umſtände kam es nicht an; oder zweitens, ob die formellen Bedingungen der Delegation vorhanden waren, welche den animus novandi entbehrlich machten. Dieſer Gedankengang wiederholt ſich regelmäßig in den Conſilien und Deciſionen, in welchen die Frage behandelt wird.

Delegation war alſo nach allem Dieſen eine durch Promiſſion vollzogene Anweiſung, welche der Zahlung gleichſtand. Die herrſchende Theorie erforderte eine Creditanweiſung (mandatum promittendi); die Praxis, namentlich die kaufmänniſche dehnte den Begriff auch auf die Zahlungsanweiſung (mandatum solvendi) aus und legte dieſer denſelben rechtlichen Erfolg bei.

Die ganze Lehre wird von den Commentatoren des vierzehnten und funfzehnten Jahrhunderts nach dem Vorgange von Bartolus hauptſächlich bei l. 15. de rebus creditis (lex *Singularia*) abgehandelt, gelegentlich auch wohl bei l. 58. de V. O. und l. 11. de novationibus. Aus der reichen Conſilienlitteratur jener Zeit will ich außer dem bereits angeführten cons. 5. des Franciscus Aretinus (1418—1485) nur die bedeutendſten nennen:

Alexander Tartagni (Imolensis, 1424—1477) lib. 7. cons. 173., in andern Ausgaben lib. 2. cons. 10.

Philippus Decius cons. 107. (um 1500).

Jac. Menochius Vol. 7. cons. 664. (1594).

Zuſammenhängende Abhandlungen des Gegenſtandes — meiſt mit maſſenhaftem Material der älteren Litteratur — liefern von den Späteren:

Jac. Menochius de praesumptionibus lib. III. praes. 134. num. 49—78. (um 1590).

Card. *Tuscus* conclusiones practicae litt. D. concl. 142. (1605).

Card. *Fr. Mantica* de tacitis et ambiguis conventionibus lib. 17. tit. 6—8. (1609).

und Andere. Beſondere Aufmerkſamkeit verdienen die handelsrechtlichen Schriftſteller:

Benv. Straccha tract. de mercatura tit. mandati num. 3. und

tract. de decoctoribus pars 5. num. 5. (Nach 1550).

Sigism. Scaccia de commerciis et cambio §. 2. gl. 5. num. 63. 244. seqq. (1617).

Raphael de Turri tractatus de cambiis disp. 2. qu. 8. num. 37—49. (um 1640).

Die Lectüre dieſer Schriften iſt allerdings durch den endloſen Ballaſt von Diſtinctionen, Ampliationen und Subdiſtinctionen erſchwert, mit welchem in der Regel die Darſtellung überladen iſt. Im Ganzen aber liefern ſie überreiches Material für den Nachweis eines von dem unſrigen durchaus abweichenden Rechtszuſtandes. Daß auch die damalige kaufmänniſche Uſance jede Anweiſung, namentlich auf einen campsor, ſobald dazu eine promissio kam, unbedingt der Zahlung gleichſtellte, dafür will ich nur noch eins der bedeutendſten Zeugniſſe aus den Decisiones rotae Genuae (der zweiten Hälfte des ſechszehnten Jahrhunderts angehörig) anſchließen:

dec. 4. num. 9. — Licet sit magnus inter Doctores conflictus et diversitas, numquid promissio facta per campsorem seu bancherium pro alieno debito habeat vim solutionis vel ne, ut habetur in l. *Singularia* per omnes scribentes post Bartolum et in aliis locis citatis ibi per modernos: *attamen in civitate Genuae, prout in reliqua Italia, viget notoria consuetudo, quae in dubium refricari non solet, quod quaelibet promissio facta in banco cedit loco solutionis,* et sic usus approbavit opinionem quamplurium Doctorum nostrorum idipsum de juris censura procedere volentium.

Von den für die Rechtsentwickelung in jener Periode ſo bedeutſamen Statutarrechten der italieniſchen Städte hat meines Wiſſens nur das von Genua[4]) ein Capitel über unſeren Gegenſtand. In den Statuten von 1498 lautet daſſelbe:

lib. II. cap. 24. *De delegationum firmitate.*

Si quis aliquem debitorem creditori consentienti delegaverit, vel mandaverit sola viva voce saltem debitori

4) Man vergleiche darüber Briegleb Geſchichte des Executivproceſſes II. S. 223, wo auch die Originalausgaben beider Redactionen beſchrieben ſind. Ich citire die ältere nach einem Exemplar der Königl. Bibliothek zu Berlin (Venetiis 1567), die neuere nach einer Genueſer Sedezausgabe von 1683. Die Quelle für beide iſt hauptſächlich das breve consulum de placitis geweſen, welches jährlich erneuert wurde, um die wechſelnden Magiſtrate der Civilgerichtsbarkeit darauf zu vereidigen. (Vergl. Savigny Geſchichte des Römiſchen Rechts im Mittelalter Bd. III. S. 116 bei Note 61.) Von dieſem hat neuerdings Canale (Storia civile commerciale e letteraria dei Genovesi Tom. II. p. 313) nach einer Handſchrift des Jahres 1326 ein Bruchſtück nebſt ſämmtlichen Titelüberſchriften publicirt, unter welchen ſich lib. II. cap. 35. ebenfalls bereits die Rubrik findet: Ut delegatio firma sit. Der Satz ſelbſt iſt alſo wahrſcheinlich noch viel älter.

mandaverit, quod creditori consentienti solvat de ipso debito, non possit vel debeat delegator ipse mandans contravenire vel revocare, nisi minor esset, vel nisi deinde appareret, quod ipse non debeat dicto suo creditori tantum, quantum mandaverit solvi sibi: Qui debitor delegatus teneatur solvere creditori et ab eo possit efficaciter conveniri pro debito delegato.
Delegatus autem a suo creditore non possit conveniri deinde vel molestari pro debito, de quo delegatio facta esset, vel de quo solutionem fieri mandaverit creditori.

und in der späteren officiellen Redaction von 1589:

lib. IV. cap. V. *De Cessionibus et Delegationibus.*
§. 1. Si creditor debitorem creditori suo consentienti delegaverit, vel etiam sola voce debitori mandaverit, quod creditori consentienti solvat, non possit mandans revocare neque contravenire, et debitor Delegatus teneatur solvere creditori, et ab eo possit efficaciter conveniri pro dicto debito, nec pro eo possit amplius molestari a mandante seu delegante, nec pariter ipse delegans a suo creditore cui fecisset talem delegationem.

Hier wird allerdings nur von der Delegation eines Schuldners an einen Gläubiger also unter der Voraussetzung eines doppelten Schuldverhältnisses für dieselbe Summe gesprochen. In diesem Falle wird dieselbe aber bereits durch ein formloses Zahlungsmandat des Deleganten, und durch einen ebenso formlosen Consens des Delegatars (an Stelle der römischen Delegationsstipulation) vollzogen. Dann ist das Geschäft vollständig unwiderruflich; der Delegatar hat ein klagbares Recht gegen den Delegaten unmittelbar erworben, und dagegen sind die beiden früheren Obligationen definitiv getilgt. Die Delegation ist also hier in ihren Voraussetzungen nichts weiter als unsere heutige Anweisung; dennoch aber steht sie in ihrer Wirkung der Zahlung gleich.

Dieser Satz: Delegation ist Zahlung, ist in Deutschland nicht recipirt worden. Der entgegengesetzte Grundsatz verkörperte sich vielmehr in der Parömie: Anweisung ist keine Zahlung. Dies ist der Ausdruck einer von dem eindringenden fremden Recht abweichenden einheimischen Rechtsüberzeugung. Der sprüchwörtliche Gebrauch desselben scheint von den wenigstens für Norddeutschland im funfzehnten und sechszehnten Jahrhundert dominirenden flandrischen Handelsplätzen zu stammen. Wenigstens ist das älteste Vorkommen in den Rechten en Costumen van *Antwerpen* (1582):

Tit. 64. Van Betalinghe, bewijsinghe[5]) *etc.*

1. Niemandt en is ghehouden in betalinghe van siine t'achterheyt t'aenveerden obligatien by maniere van bewijsinghe, t'en sy dat hem belieft.
2. Ende de bewijsinghe aenveerdende blijft des niet te min d'eerste debiteur verbonden soo lange tot dat hy is metter daet betaelt, oft effectuelijck vernuecht van sijne schult, *midts dat bewijsinghe gheen betalinghe en is.*

Derſelbe Grundſatz iſt in der Frankfurter Reformation (publicirt den 7. September 1578) unter Beibehaltung des Ausdrucks delegatio folgendermaßen wiedergegeben:

Th. II. Tit. 24. §. X. *De Delegationibus.* Vom Letzten, Dieweil die Bezahlungen nicht allwegen mit barem Gelt, ſondern auch offtmahls durch Delegationes vnd Vberweiſungen, geſchehen, Alſo daß der Schuldtmann, einen andern, der jhme auch ſchuldig iſt, an ſeine ſtatt, die Bezahlung zu thun dem Gläubiger vberweiſet, welches dann vnder Händlern vnd Kauffleuten, ſonderlich in vnſern Meßzeiten, faſt bräuchlich iſt: Darunder aber, wann der, ſo vberwieſen worden, folgends nicht zahlt, und etwan Falliert vnd Auffſteht, zeitlich Irrungen, vnd auch Rechtfertigungen ſich zutragen: So ordnen vnd wöllen Wir, Daß die Vberweiſung nimmer für Acceptirt, noch kräfftig gehalten ſoll werden, Es ſeye dann, daß erſtlich der, welchem die Vberweiſung geſchieht, dieſelbige außtrücklich Acceptire vnd annemme, darauff auch dem Vberweiſer ſeinen Schuldtbrief wiederumb herauß gebe, vnd zuſtelle, Oder ſo es ein Wechſelbrieff, die Acceptation demſelben auffſchreibe.

§. XI. Vom Andern, Daß der jenig, ſo die Bezahlung zu thun vberwieſen, in ſolche Vberweiſung auch außtrücklich bewillige, und die Bezahlung demjenigen, an den er gewieſen, zu thun zuſage vnd verſpreche. Dann ohne das, vnd da es zweiffelich, oder vnaußfündig were, welcher geſtalt die Vberweiſung geſchehen, vnd Acceptirt ſeyn worden: So ſoll es allwegen alſo verſtanden vnd dafür gehalten werden, daß die Vberweiſung anders nicht, dann mit der Condition und Meinung (So ferr der Vberwieſene völlige Be-

5) *Bewijsing* iſt im Niederländiſchen die älteſte Form des einheimiſchen Ausdrucks. Ende des ſechszehnten Jahrhunderts ſchwankt der Sprachgebrauch mit Ueberweiſung *(overwijsing)*. Gegen die Mitte des ſiebzehnten Jahrhunderts wird die Form Anweiſung *(aenwijsing)* die herrſchende. Im Niederländiſchen iſt ſpäter *overstelling* oder *oversetling* der techniſche Ausdruck für Delegation im neueren Verſtande geworden.

zahlung thun werde, vnd könne) geschehen seye, Ob auch gleich der Vberweiser den Rest darauff bahr bezahlt hette. Darnach auch in solchen Fällen, vnsere Scheffen zu Recht sprechen, vnd erkennen sollen.

Ein so präciser Gegensatz gegen den fremdländischen Rechtszustand, wie er in diesen Particularrechten zum Ausdruck gekommen ist, ist begreiflicherweise in der gemeinrechtlichen Doctrin des sechszehnten Jahrhunderts nicht anzutreffen. Im Gegentheil ist die überwiegende Autorität der italienischen Schule auch bei den deutschen Juristen jener Zeit großentheils maßgebend gewesen. Dieser Einfluß zeigt sich namentlich bei folgenden Schriftstellern:

Ulr. Zasius consil. lib. 2. cons. 10. num 61—63. (Als opus posthumum zuerst gedruckt 1539),

Joach. Mynsinger respons. 77. qu. III. num. 16. seqq. (1574),

Andr. Gaill observ. practicae lib. II. obs. 30. num. 7—9. (1578),

Joh. Zanger tract. de exceptionibus pars III. cap. 5. 6. (1592),

Andr. Fachineus[6]) controversarium juris lib. II. cap. 73. (1595),

und aus der gleichzeitigen französischen Schule bei

Brissonius de solutionibus et liberationibus lib. 2. titt. de novationibus, de delegationibus (1557).

Unzweifelhaft ist die italienische Lehre auch theilweise in die deutsche Gerichtspraxis eingedrungen, am meisten wie es scheint in Sachsen, namentlich bei den Leipziger Schöffen:

Vergl. Finkelthaus observationes practicae obs. 91. (1636).

Hier ist dieselbe noch im Jahre 1661 durch eine besondere kurfürstliche Entscheidung reprobirt worden, welche sich aber bereits auf eine zu völliger Herrschaft gelangte entgegengesetzte Theorie stützt:

Decisio electoralis 66. ad quaestionem: Ob durch Anweisung eine Novation geschehe, oder ob derselben mit ausdrücklichen Worten gedacht werden müsse.

Im Großen und Ganzen sind diese Elemente des italienischen Rechts von untergeordneter Bedeutung geblieben. Die gemeinrechtliche Dogmatik hat sich dem vorgefundenen einheimischen Rechtszustande allmählich accomodirt. Und zwar ist dies auf doppeltem Wege geschehen: es ist ein neuer Name für die Anweisung, und ein neuer Begriff

6) Fachineus war Professor in Ingolstadt, kann nach Bildung und Herkunft aber den Italienern zugezählt werden.

für die Delegation entstanden. Beides waren Consequenzen der rechtsgeschichtlichen Thatsache, daß die deutsche Anweisung mit der italienischen Delegation nicht coincidirte. Die eine ist nicht ohne die andere verständlich.

Der moderne Ausdruck für das Anweisungsgeschäft: *assignatio* ist der italienischen Handelssprache entnommen. Der Gebrauch desselben unter den Juristen beginnt im siebzehnten Jahrhundert mit ganz schüchternen Anfängen[7]; am Schlusse desselben ist er bereits vollständig zu einem technischen Begriff erhoben. Außer Deutschland und den Niederlanden ist er jedoch nirgends in die eigentliche Rechtssprache übergegangen. Die weitere Entwickelung in dieser Richtung kann hier nicht verfolgt werden, dagegen soll uns die neuere Gestalt des Delegations-Begriffes nun näher beschäftigen.

§. 3. Ursprung des heutigen Begriffes der Delegation.

Die vollständige Unterordnung der Delegation unter den Begriff der Novation in dem Sinne wie sie der heutigen Doctrin geläufig ist, stammt von Cujacius und Donellus, den beiden rivalisirenden Häuptern der französischen Schule des sechszehnten Jahrhunderts. Im Einzelnen weichen allerdings ihre Auffassungen des Verhältnisses wesentlich von einander ab. Cujacius schließt sich noch so eng als möglich den italienischen Juristen an, bei Donellus ist jede Erinnerung an dieselben verschwunden. Der Letztere, der zudem auf die nächstfolgende deutsche Jurisprudenz den weit überwiegenden Einfluß geübt hat, kann deshalb als der eigentliche Schöpfer der neuen Lehre gelten.

Cujaz (paratitl. in tit. cod. de novationibus et delegationibus, 1579)[1] giebt folgende Begriffsbestimmung der Delegation:

> Delegatio est *mandatum in stipulationem novandae et transferendae prioris obligationis*, quod fit exempli gratia, creditore jubente debitorem suum id quod sibi debet, creditori suo promittere. — *Perficitur autem delegatio secuta*

7) Nic. Burgundi comm. de evictionibus cap. 11. num. 4.: si *(ut ita dicam) assignaverit* creditori certa nomina (1636). Joſ. Marquard tract. de jure mercatorum lib. II. cap. 15. num. 17.: delegatio *per assignationem ut mercatores loquuntur* facta (1662). Vergl. jedoch ſchon Zanger tract. de exceptionibus pars III. cap. 6. num. 3. 18. (1592). — Anfangs des achtzehnten Jahrhunderts erſchienen die erſten Monographieen Joh. Fr. v. Engelbrecht diss. de assignationibus Francof. 1703 (gewöhnlich unter dem Namen des Präſes Cocceji citirt). Sam. Stryk de jure assignationis inter mercatores. Hal. 1708.

1) Vergl. auch Quaest. Papiniani lib. 10. ad l. 17. de condictione furtiva.

novatione — nam origo et causa delegationis est mandatum, executio et exitus stipulatio novandi causa interposita.

Dies Alles hätte ungefähr auch einer der älteren Italiener ſchreiben können; ein mandatum promittendi, und eine darauf folgende Stipulation mit novirendem Erfolge waren, wie wir geſehen haben, auch bei Jenen die weſentlichen Eigenthümlichkeiten der Delegation. Die Uebereinſtimmung wird noch vollſtändiger dadurch, daß Cujaz auch das mandatum solvendi ganz nach italieniſchem Vorbilde in die Bezeichnung Delegation hineinzieht:

> Est et aliud genus delegationis, si non mando, ut quis stipulanti promittat, sed ut solvat alii, quod mihi debet. qui multum distat ab eo, qui delegatus est, ut promittat: nam hic si promittat, novatur obligatio, ille vero si promittat, non novatur.

Hier wird alſo der novirende Erfolg — wie allerdings auch von der Mehrzahl der italieniſchen Theoretiker geſchah — geläugnet. Mit dem Wegfall dieſer charakteriſtiſchen Wirkung iſt dann aber der Name Delegation für dieſen Fall nicht mehr von Bedeutung und daher ſehr bald der Vergeſſenheit anheimgefallen.

Aber auch das mandatum promittendi iſt bei Cujaz ſchon weſentlich anders aufgefaßt, als bei ſeinen Vorgängern. Es bildet kein ſelbſtſtändiges Element von formeller Bedeutung mehr, ſondern nur einen Vorbereitungsact für die nachfolgende Novationsſtipulation. Das ganze Geſchäft ſteht unter den Regeln der Novation, welche ohne animus novandi nicht zu Stande kommen kann. Neben der Novation giebt es keine Delegation mit beſonderen Bedingungen mehr, dieſelbe iſt zu einem *remedium* herabgeſunken, welches lediglich der Novation dienſtbar iſt. Rückſichtlich der Anwendbarkeit dieſer Hülfsoperation unterſcheidet Cujaz vier Arten der Novation, von denen die drei erſten mit unſeren heutigen Novationsfällen übereinſtimmen, während als vierter die gleichzeitige Tilgung zweier Obligationen beſonders hervorgehoben wird:

> Sciendum est, novationem voluntariam quatuor modis fieri, et primo quidem sine delegatione, caeteris praecedente delegatione. *Primo* igitur *mutata causa vel statu prioris obligationis, non mutata persona debitoris vel creditoris.* — *Secundo* autem *modo* novatio fit *mutata persona creditoris*, ut si quod tibi debeo alii, non creditori tuo, promittam. Quod fit, si tu me delegaveris, ut id alii promitterem. *Tertio modo* fit *mutata persona debitoris*, ut si quod tibi debeo stipuleris ab alio non debitore meo ultro suscipiente nomen meum. Quod etiam fit, si ego alium non debitorem meum tibi delegavero, qui tibi

promitteret quod debeo. Et *ultimo* fit *mutata persona utriusque*, quod etiam fit remedio delegationis, si debitorem meum tibi creditori meo delegavero, qui tibi promitteret, quod debeo. Nam et tu mutas debitorem, et ille mutat creditorem.

Noch untergeordneter iſt die Rolle, welche der Delegation bei Donellus zugewieſen wird. In der ausführlichen Abhandlung über die Novation, welche in ſeinen Commentariis juris civilis lib. XVI. cap. 20. (1589) enthalten iſt, wird der Delegation überhaupt nur beiläufig Erwähnung gethan, und zwar geſchieht dies in folgendem Zuſammenhange. In Bezug auf die Perſonen, zwiſchen welchen die Novationsſtipulation eingegangen wird, macht Donellus die Bemerkung, daß der Stipulant nicht ohne den Willen des früheren Gläubigers wirkſam handeln könne, wohl aber der Promittent unabhängig von dem früheren Schuldner:

In persona promittentis non idem jus est, quod in stipulante. — Solus stipulando ac velut novam obligationem accipiendo recte novat creditor, aut alius voluntate creditoris. In promittendo autem ita jus est, ut sive debitor ipse promittat stipulanti creditori — sive alius quivis, si novandi animo id fit, novatio contingat et debitor liberetur.

Der Fall eines extraneus promittens wird ſodann in mehrfacher Richtung einer beſonderen Unterſuchung unterworfen, und zwar heißt es secundo loco:

Cum alius quam debitor promittit idem creditori, aut eandem obligationem suscipit, hoc dicimus sic eum novare priorem obligationem, ut nihil intersit, quo dante et impellente id faciat, utrum dante et delegante debitore, quem liberari volumus, an vero se ipso dante, et ultro ad debitorem novatione liberandum accedente. — *Est enim haec datio id factum quod usu juris dicitur delegatio*, si quidem delegare est vice sua alium reum dare — id est *alium debitorem, qui translata a nobis obligatione se in locum et vicem nostram substituat. Id autem non fit aliter quam novatione. Hinc delegatio species novationis, quae huc pertinet.*

Die Delegation kommt alſo bei Donellus nur in einem Falle der Novation vor, nämlich bei einer Veränderung in der Perſon des Schuldners. Sie bildet in dieſem Falle den vorbereitenden auftragsähnlichen Act, mittelſt deſſen der frühere Schuldner ſich einen Andern behufs

Uebernahme seiner Verbindlichkeit substituirt. Eine Novationsform mit Veränderung des Gläubigers existirt bei Donellus überhaupt nicht, am wenigsten unter dem Namen der Delegation.

Diese Lehre ist während des ganzen siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts die herrschende geblieben. Dem Delegationsfall wurde dabei ebenso wie heutzutage die bloße Expromission entgegengestellt. Die Eintheilung der Novation, wie sie in allen gangbaren Compendien und Lehrbüchern jener Periode anzutreffen ist, war demgemäß folgende:

1. manente persona debitoris: *novatio simplex.*
2. mutata persona debitoris:
   a) *cum delegatione,*
   b) simpliciter: *expromissio*[2]).

Die Delegation war nach dieser Auffassung eine Passivsuccession im Gegensatz zu der Activsuccession, welche damaliger Ansicht zufolge durch die Cession, und durch diese ausschließlich zu Stande kam. Unter den geschmacklosen Distinctionen zwischen Delegation und Cession, mit welchen die Schriftsteller jener Zeit ihre Begriffsbestimmungen zu erläutern pflegten, ist dieser Gesichtspunkt jedesmal besonders hervorgehoben.

Unter den nächsten Nachfolgern von Donellus ist besonders zu nennen:

Joh. Göddäus commentarius de contrahenda et committenda stipulatione cap. V. num. 97. seqq. (1597),

sodann die bedeutenderen holländischen Juristen:

Arn. Vinnius comm. ad §. 3. inst. quibus modis tollitur obligatio (1642).

Ulr. Huber praelectiones juris civilis ad eund. locum pos. 12. seq. (1678).

Joh. Voet comm. ad tit. dig. de novationibus num. 2. 11. (1698).

Völlig übereinstimmend findet sich die Lehre in den tonangebenden Lehrbüchern und Compendien der deutschen Jurisprudenz:

Wolfg. Ad. Lauterbach compendium juris, ed. Schütz ad tit. de novationibus (1679).

Chr. Ad. Struw syntagma juris civilis exerc. 47. th. 55. 61. (1701).

Heineccius elementa juris civilis sec. ord. pand. p. VII. §. 46. seq. (1727).

2) Der Name expromissio, als technischer Ausdruck für den letzten Fall, ist gegen Ende des siebzehnten Jahrhunderts von Thomasius in Curs gesetzt worden, wie aus seinem Scholium zu Ulr. Hubers praelectiones juris civilis ad tit. instit. quibus modis tollitur obligatio pos. 12. seq. (1684) und Hubers Antwort darauf in der späteren Ausgabe desselben Werkes (1686) ersichtlich ist.

Hellfeld jurisprudentia forensis §§. 1923. seq. (1764).

Höpfner Commentar zu den Heinecci'schen Institutionen §§. 988 bis 990. (1783).

Thibaut System des Pandektenrechts §. 937. in den älteren Ausgaben (1803—1817).

Während des ganzen Zeitraums kommen die cujazischen vier Novationsformen nur in ganz vereinzelten Anklängen wieder vor, z. B. bei

J. H. Böhmer introductio in jus digestorum tit. de novationibus §§. 6. seqq. (1704).

C. Chr. Hofacker elementa juris civilis §. 631. (1773).

Die herrschende Lehre hat sich in dieser Beziehung erst modificirt seit Mühlenbruch. Dieser machte in seiner Lehre von der Cession der Forderungsrechte (1. Ausg.[3]) 1817 S. 216 Note 62.) folgende Anmerkung:

> Gewöhnlich bestimmt man die Delegation viel zu enge, als eine Handlung, wodurch der Schuldner einen andern Schuldner mit dessen und des Gläubigers Zustimmung an seine Stelle setzt. Es kann aber auch die Person des Gläubigers mittelst einer wahren Delegation verändert werden.

Auf seine Autorität hin hat denn diese zweite Art der Delegation bei Thibaut in den späteren Ausgaben seines Systems und seitdem in allen neueren Compendien Eingang gefunden, und so die Lehre ihre heutige Gestalt angenommen.

Während des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts wurde übrigens die Delegation niemals so direct mit dem entsprechenden Novationsfall identificirt, wie dies in der Regel heutzutage geschieht. Vielmehr blieb die Vorstellung lebendig, daß die Delegation ein von dem eigentlichen Novationsact verschiedenes einleitendes Geschäft sei. Ich hebe beispielsweise noch die charakteristischen Aeußerungen von Ulr. Huber a. a. O. hervor:

> Accurate quidem loquendo, differunt delegatio atque novatio quae fit interventu novae personae, namque delegatio proprie est actus ille, quo novus debitor in locum prioris substituitur, quod solo consensu nutuque perfici potest. Sed novatio non nisi per stipulationem fit quae tum sequitur delegationem. Ex. gr. debes mihi centum, quos tibi diutius cedere nolo. Igitur Titium substituis consentientem, eumque ego recipio; *hactenus est delegatio.* Tum ego: Centum, inquam, quos Cajus mihi debet, hos tu mihi dare spondes? Spondeo. *Haec*

3) Vergl. die veränderte Fassung der dritten Ausgabe S. 225, Note 427.

est novatio, quae tamen compendio significationis delegatio appellatur.

Heineccius, Hellfeld und alle ihre Nachſchreiber ſprechen deshalb auch von einer novatio *cum* delegatione oder *sine* delegatione; erſt in den deutſch geſchriebenen Lehrbüchern der neueren Zeit iſt dieſe genauere Ausdrucksweiſe verloren gegangen. Nur bei Einzelnen haben ſich Andeutungen davon erhalten, z. B. bei

Sintenis Civilrecht §. 105. Note 29. 30.

Arndts Pandekten §. 268.

Wo der Gegenſtand bei beſonderer Veranlaſſung näher erörtert wird, mußte die Charakteriſtik der Delegation in dieſer Richtung als etwas der gemeinen Lehre fremd Gewordenes beſonders in Erinnerung gebracht werden, z. B.

Geſterding im Archiv für civil. Praxis Bd. II. S. 228.

Keller Litiscontestation und Urtheil S. 91 Note 6.

Am ſchärfſten iſt dies neuerdings von Liebe geſchehen, deſſen Worte ich zum Abſchluß der gegenwärtigen Darſtellung hier wiederholen will:[4])

> Delegation iſt an ſich etwas von der Novation völlig Verſchiedenes. Delegare heißt nichts als anweiſen; und Delegation iſt daher nur das unfeierliche Auftraggeben an den in die Obligation eintretenden Schuldner, oder den Schuldner, der einem neuen Gläubiger promittiren ſoll. Von der Handlung, durch welche die alte Schuld in die neue verwandelt wird, liegt in der Delegation an ſich nichts. Durch dieſe nachfolgende Handlung wird erſt der durch die Delegation beabſichtigte Zweck erreicht. In der Ueberſchrift des Titels de novationibus et delegationibus iſt daher unter novationibus ſowohl Novation zwiſchen den bisherigen Partheien, als Novation durch Eintritt eines Dritten zu verſtehen, und Delegation wird als das der letzteren Form der Novation regelmäßig vorangehende Geſchäft mit abgehandelt.

Der gemeinſame Grundzug der neueren Auffaſſung im Gegenſatz zu der Lehre der alten Italiener iſt alſo der, daß die Delegation eine der Novation vollſtändig untergeordnete vorbereitende Nebenhandlung geworden iſt. Delegation iſt allerdings nicht die Novation ſelbſt, ſie geht ihr vorher; aber es kann niemals etwas Anderes damit bezweckt oder erreicht werden, als gerade eine Novation. In dieſem Sinne — mit ganz veränderter Bedeutung gegen das altitalieniſche: delegationi semper inest novatio — iſt denn auch neuerdings der Ausſpruch wiederholt worden:[5]) Jede Delegation

4) Stipulation S. 199.

5) z. B. Keller Litiscontestation und Urtheil S. 90.

enthält eine Novation. Die Untersuchung der Delegation als eines selbstständigen Instituts ist von diesem Gesichtspunkte aus völlig ausgeschlossen.

§. 4. Anfänge der Rückkehr zu einer selbstständigen Betrachtung der Delegation. — Ziel und Gang der nachfolgenden Untersuchung.

Die Schranke der herrschenden Lehre ist in neuerer Zeit wenigstens in einer Richtung bereits durchbrochen worden. Man hat sich überall, wo dazu Veranlassung gegeben war, überzeugt, daß die Delegation ein bestehendes Schuldverhältniß überhaupt nicht wesentlich erfordert, weder zwischen dem Deleganten und Delegaten, noch zwischen dem Deleganten und Delegatar. Mit dieser Negative ist der Satz: »Jede Delegation enthält eine Novation« unvereinbar, denn eine Novation ist ohne ein vorausgehendes Schuldverhältniß nicht denkbar. So wie man sich zu dieser verallgemeinerten Vorstellung von der Delegation entschloß, war man sogleich genöthigt, in der Begriffsbestimmung derselben fast ganz auf den Standpunkt der Italiener zurückzukehren; und dies ist um so bemerkenswerther, als die neueren Schriftsteller, welche diesen Gang genommen haben, dazu lediglich durch die Natur der Sache, ohne irgend eine Mitbestimmung jener älteren Theorie geführt worden sind.

Die erste gelegentliche Andeutung von einer solchen selbstständigeren Auffassung der Delegation findet sich in einer Abhandlung von Cropp,[1]) wo das Verhältniß der Delegation zum gezogenen Wechsel erörtert wird.

> Die Delegation — heißt es daselbst — besteht ihrem Wesen nach darin, daß man einem Andern den Auftrag ertheilt, sich statt unserer gegen einen Dritten zu verpflichten. Es ist hierbei weder wesentlich erforderlich, daß der Beauftragte, der delegatus, unser Schuldner sei, noch daß wir Schuldner des Delegatars, des Dritten, dem der Beauftragte sich verpflichten soll, seien.

Das Verdienst einer sorgfältigen Untersuchung in dieser Richtung gebührt Meyerfeld.[2]) Das nächste Ziel, welches dieser Schriftsteller verfolgte, war die Erörterung derjenigen Fälle, in welchen durch Delegation eine Schenkung vollzogen wird. Dieser Gesichtspunkt führte ihn zu

1) Ueber die Ansprüche des Inhabers einer Anweisung oder eines trassirten Wechsels auf die dafür vorhandene Deckung, und von der Statthaftigkeit des Contremandirens §. 4. in Heise und Cropp's Abhandlungen Bd. II. S. 350 (1830).

2) Die Lehre von den Schenkungen nach Römischem Recht. Von Dr. Fr. W. L. v. Meyerfeld. Bd. I. S. 241 folg. (1835).

dem vollständigen Nachweise, daß bei den römischen Juristen die Delegation sowohl in dem Verhältnisse zwischen Deleganten und Delegaten, als zwischen Deleganten und Delegatar, wie irgend eine andere Vermögenszuwendung zu jedem rechtlich möglichen Zwecke verwendet werden konnte. Indem er dabei in der einen wie in der anderen Richtung die Dreitheilung: solvendi, credendi, donandi causa zu Grunde legt, gelangt er zu im Ganzen neun möglichen Fällen der Delegation, die er fast sämmtlich mit Beispielen aus den Quellen belegt hat. Im Anschluß an die bisherige Lehre hat Meyerfeld dieselben so formulirt:

1. Es geht dabei eine Novation vor:
   A. an die Stelle zweier bisherigen Obligationsverhältnisse tritt Ein neues;
   B. es wird nur Ein bisheriges Schuldverhältniß aufgelöst, und zwar:
      a) zwischen dem Deleganten und Delegaten, während dem Delegatar gegenüber
         α) credendi causa,
         β) donandi causa delegirt wird;
      b) zwischen dem Deleganten und Delegatar, während der Delegat sich
         α) credendi causa,
         β) donandi causa delegiren läßt;
2. es geht keine Novation vor:
   A. der Delegant creditirt dem Delegatar:
      a) der Delegat creditirt dem Deleganten,
      b) der Delegat schenkt dem Deleganten;
   B. der Delegant schenkt dem Delegatar:
      a) der Delegat creditirt dem Deleganten,
      b) auch der Delegat schenkt dem Deleganten.

Die Fälle, welche hier unter 1. stehen, sind in umgekehrter Reihenfolge dieselben, wie die cujazischen Novationscategorieen: mutata persona creditoris, debitoris, utriusque. Die unter 2. dagegen sind diejenigen, durch welche der erweiterte Delegationsbegriff über die Novation hinausgeht.

Fälle der letzteren Art sind nun allerdings die selteneren, im Leben, wie in unseren Rechtsquellen. Man könnte sagen: es lohnt nicht der Mühe, ihrethalben den natürlichen Zusammenhang zwischen Delegation und Novation aufzuheben; sie sind als eine künstliche Erweiterung des Instituts über seine ursprünglichen Grenzen, als eine uneigentliche Delegation zu behandeln. So ungefähr haben sich in der That Diejenigen mit der Sache abgefunden, die von Meyerfelds Resultaten überhaupt

Notiz genommen haben.[3]) Ein anderer Ausweg ist auch kaum möglich wenn man nicht die ganze Grundlage der herrschenden Lehre verlassen will. Aber — bleiben wir einen Augenblick bei dieser äußerlichen Abgrenzung der Delegation stehen. Wir müssen uns erinnern, daß auch nach der gewöhnlichen Vorstellung die Delegation ein außerhalb des Novationsactes selbst liegendes Element ist. Nicht jede Novation — auch die mit Personenwechsel — bedarf der Delegation, es bleibt der Fall der bloßen Expromission übrig. Wenn wir jetzt anerkennen müssen, daß die Novation andrerseits nicht das ausschließliche Resultat der Delegation ist, so haben wir es mit einer doppelten Incongruenz zu thun. Reducirt sich das Gebiet, welches beiden Begriffen gemeinschaftlich bleibt, nicht schon durch diese Betrachtung auf einen zufälligen, dem Wesen beider fremden Berührungspunkt?

Je weniger diese Gesichtspunkte bei der gewöhnlichen Behandlung der Delegation im Systeme des römischen Rechts[4]) hervortreten, desto größere Aufmerksamkeit verdient die einzige Darstellung, in welcher ihr in der That die Gestalt eines selbstständigen Rechtsinstituts gegeben worden ist, nämlich die von Thöl in seinem Handelsrecht.[5]) Thöl stellt unter dem Gesichtspunkte der indirecten Zahlung folgende Rechtsgeschäfte zusammen (§. 112. a. a. O.): das Zahlungsmandat, das Eincassirungsmandat, die Cession, die Assignation, die Delegation, die Scontration, den trassirten Wechsel, die Girobank. Abgesehen von den drei letztgenannten werden dieselben in der Hauptsache alle auf der Grundlage des gemeinen Rechts construirt. Namentlich ist die Darstellung der Delegation streng romanistisch gehalten, und entfernt sich im Einzelnen möglichst wenig von der herrschenden Lehre. Bei aller Gedrängtheit der Form übertrifft sie an Reichthum des Inhalts und Präcision des Gedankenganges bei Weitem Alles, was in neuerer Zeit über den Gegenstand geschrieben worden ist, und wird demgemäß auch im weiterem Verlaufe unserer Untersuchung überwiegende Berücksichtigung finden.

Thöl beginnt ebenso wie Cropp und Meyerfeld mit der Negative: es ist der Delegation ein bestehendes Schuldverhältniß nicht wesentlich

3) Z. B. Liebe Stipulation S. 200. 201.

4) Einzelne Schriftsteller haben der Delegation allerdings einen von der Novation unter denselben Partheien abgesonderten Platz im Systeme angewiesen, nämlich in der Lehre von der Intercession, wo ihr aber wiederum nur dieselbe im Verhältnisse zur Expromission untergeordnete Rolle zufallen konnte.

5) Das Handelsrecht von Dr. Heinrich Thöl. Erster Band, §§. 128—132. (1841, 1847, 1854). — Der Vollständigkeit wegen ist hier auch noch die Bearbeitung der Delegation in Weiskes Rechtslexicon Bd. III. S. 298 von Heimbach zu erwähnen, welcher Thöl und den vorher Genannten überall gefolgt ist, ohne indessen auf Selbstständigkeit Anspruch zu machen.

(§. 128. a. a. O.). Er unterscheidet demgemäß ähnlich wie seine Vorgänger folgende Fälle:

1. Der Delegant ist Schuldner des Delegatars. An die Stelle des alten Schuldners tritt ein neuer Schuldner.
2. Der Delegant ist Gläubiger des Delegaten. An die Stelle des alten Gläubigers tritt ein neuer Gläubiger.
3. Der Delegant ist Schuldner des Delegatars und Gläubiger des Delegaten. An die Stelle des alten Schuldners tritt ein neuer Schuldner und an die Stelle des alten Gläubigers ein neuer Gläubiger. — Aber es kommt auch vor:
4. daß der Delegant nicht Schuldner des Delegatars ist — sowie daß der Delegant nicht Gläubiger des Delegaten ist — sowie endlich, daß der Delegant weder Schuldner des Delegatars, noch Gläubiger des Delegaten ist.

Das ganze zusammengesetzte Geschäft der Delegation in diesem umfassenden Verstande löst Thöl in folgende drei Verträge auf (§. 129. a. a. O.):

1. einen Auftrag zu versprechen zwischen Delegant und Delegat,
2. einen Auftrag sich versprechen zu lassen zwischen Delegant und Delegatar,
3. das Versprechen zwischen Delegat und Delegatar;

letzteres, nach römischem Recht an die Form der Stipulation gebunden, heutzutage formlos wie die beiden Mandate. Hiernach tritt die Delegation in einen vollständigen Parallelismus mit der Assignation, welche Thöl (§. 122. a. a. O.) der gewöhnlichen Lehre gemäß als eine Combination von Zahlungs- und Einkassirungsmandat bestimmt, die beide durch die demnächst geleistete wirkliche Zahlung vollzogen werden. Die Verwandtschaft beider Institute zeigt sich bei ihm in sehr erheblichen ferneren Consequenzen. Namentlich hat Thöl kein Bedenken getragen, die dem modernen Anweisungs- und Wechselverkehr angehörigen Begriffe Deckung und Valuta geradezu auf die Delegation zu übertragen (§. 131. a. a. O.). Da wo er die Deckung ex professo abhandelt (§§. 137—140. a. a. O.), hat er Assignation, Delegation und Tratte als correlate Glieder eines und desselben höheren Begriffes zusammengestellt. Eine ähnliche Zusammenstellung wiederholt sich unter dem Rubrum: Weitere Begebung (§. 133. a. a. O.).

Diese Zusammengehörigkeit von Delegation und Assignation ist die natürliche Consequenz einer Auffassung, welche die Charakteristik der Delegation in der Hauptsache auf ein mandatum promittendi reducirt, bei welchem der Inhalt und die Function der promissio nicht näher bestimmt wird. Auch Cropp und Meyerfeld haben sich der Anerkennung einer nahen Verwandtschaft beider Institute nicht entziehen

können. Der Letztere hat sogar den älteren Sprachgebrauch von delegare auch für das mandatum solvendi wieder aufgenommen.[6]) Zahlungsanweisung (mandatum solvendi) und Creditanweisung (mandatum promittendi) sind in dieser Gestalt wieder, wie bei den alten Italienern, coordinirte Formen eines umfassenderen höheren Rechtsbegriffs geworden, dessen gemeinsamen Gesetzen sie folgen. Daß die moderne Theorie in der Regel ein correspondirendes Mandat an den Assignatar oder Delegatar (mandatum accipiendi oder stipulandi) als gleichzeitig vorhanden annimmt, macht in der Hauptsache keinen wesentlichen Unterschied.

Wenn wir hiernach durch den neuesten Entwickelungsgang unserer Lehre unmittelbar zu einem Rückblick auf das vergessene Dogma einer Jahrhunderte zurückliegenden Zeit genöthigt werden, so müssen wir uns nun vor Allem an die Thatsache erinnern, daß demselben dort ein von dem unsrigen verschiedener Rechtszustand zu Grunde lag. Nach dem italienischen Rechte des Mittelalters stand, wie wir gesehen haben, jede promissio de mandato alterius ohne Weiteres einer effectiv geleisteten Zahlung gleich; bei uns ist dies keineswegs der Fall, Befreiung des Assignanten oder Deleganten tritt bei uns nur in Folge besonderer Abrede der Partheien ein. Bei dem mandatum solvendi sagen wir: Anweisung ist keine Zahlung; bei dem mandatum promittendi: Die Delegation erfordert den animus novandi, weil sie eine Species der Novation ist. Die italienische Juristenschule glaubte mit ihrem Resultate in der Hauptsache auf dem Boden des reinen römischen Rechts zu stehen; dieselbe Basis nimmt die heutige Doctrin für das ihrige in Anspruch. Wer hat nun Recht? Diese Frage gewinnt sogleich entscheidende Bedeutung, wenn wir uns die Aufgabe stellen, das reine römische Recht theoretisch zu reproduciren. Sie wird nicht minder maßgebend, wenn wir nach den wahren Fundamenten für die heutige Praxis suchen.

Die Alternative, die wir vor uns haben, ist im Wesentlichen folgende. Entweder: die alten Commentatoren haben das römische Recht mißverstanden; sie haben, verleitet durch eine abweichende speciell italienische Handelspraxis, den römischen Begriffen eine aus dem vorgefundenen lebendigen Rechte abstrahirte Theorie substituirt; der modernen Lehre dagegen, welche durch ein gleiches Hinderniß nicht beengt war, ist es gelungen, das römische Recht in seiner Reinheit wiederherzustellen. Oder umgekehrt: der Rechtszustand, wie er bis über das sechszehnte Jahrhundert hinaus in Italien bestanden hat, war echtes, fortlebendes, römisches

6) S. 242 a. a. O. bei Note a., vergl. S. 246 folg. Meyerfeld hat dafür übrigens keine ältere Autorität als die von Cujaz in Anspruch genommen, und hat zugleich die Ungeschicklichkeit begangen, den Begriff der Assignation für ein bloßes mandatum accipiendi daneben aufrecht zu erhalten.

Recht, und als solches richtig verstanden; bei der Reception desselben in Deutschland aber hat es durch vorgefundene speciell deutsche Grundsätze Modificationen erleiden müssen. Diese als unrömisch nicht erkannten Abweichungen sind von der neueren Theorie mißverständlich in das römische Recht hineingetragen, und haben eine Verkennung seines quellenmäßigen Inhalts verschuldet.

Ich hoffe meine Leser zu überzeugen, daß das Letztere in der That der Entwickelungsproceß des Dogma in unserer Materie gewesen ist. Die bisherige Lehre von der Delegation sowohl als der Assignation ist in der Hauptsache ein mißlungener Versuch, den Zustand des heutigen gemeinen Rechts auf ausschließlich römische Grundsätze zurückzuführen. Eine richtige Basis kann für dieselbe nur dadurch wiedergewonnen werden, daß die Elemente des heutigen Rechts ihrem Ursprunge nach gesondert, und sowohl die römischrechtlichen, als die deutschrechtlichen Bestandtheile aus ihrem ursprünglichen Begriffe heraus neu aufgebaut werden. Die vollständige Lösung dieser Aufgabe kann nur durch eine doppelte rechtsgeschichtliche Untersuchung, eine romanistische und eine germanistische erreicht werden. Nur auf diesem doppelten Wege sind allerdings auch die Irrthümer der heutigen Lehre in ihrem vollständigen Zusammenhange nachweisbar.

Die nachfolgende Untersuchung hat nur die eine Seite dieser Aufgabe zum Gegenstande. Nur das römische Recht soll uns fortan beschäftigen. Wenn ich am Schlusse der Darstellung noch einmal auf das heutige Recht zurückkomme, so wird dieses eben nur insoweit in Betracht gezogen werden können, als es auf römischer Basis beruht, und von den Consequenzen der gewonnenen Resultate betroffen wird.

Welches war der Begriff, welches die Grundsätze von der delegatio bei den Römern? Diese Frage ist diejenige, mit welcher ich zunächst der herrschenden Doctrin gegenüber trete. In welchem Zusammenhange stand sie mit der novatio des römischen Rechts, wie haben wir dieses Institut in seiner Reinheit aufzufassen? Diese Frage muß in die zweite Linie treten, nicht sowohl wegen des Inhalts der Rechtsquellen, als wegen der quellenwidrigen Verbindung, in welche beide Begriffe durch die neuere Lehre gebracht sind.

Delegatio und *novatio* waren bei den Römern zwei vollständig von einander gesonderte Rechtsinstitute. Delegation im weiteren Verstande umfaßt alle Fälle, in denen eine Leistung beliebiger Beschaffenheit auf Anweisung (jussu) eines Dritten geschieht. Sie wird dann dem Empfänger als eine directe Leistung des Anweisenden, und umgekehrt diesem als eine des Gebers angerechnet. Im engeren Sinne ist Delegation Creditanweisung, d. h. der besondere Fall, wo die Leistung in der Constituirung eines Forderungsrechts besteht. Dieses

Forderungsrecht wurde dann wie baares Geld behandelt; Delegation stand der Zahlung gleich. Dies ist der eigenthümlich römische, dem heutigen Recht fremde Grundsatz. Ich sage: der Zahlung, nicht der Novation.

In eine Novation ging das Geschäft nur in besonderen Ausnahmsfällen über, wenn die promissio des Delegaten zugleich die besonderen Eigenschaften einer Novationsstipulation hatte. Auf der Erkenntniß dieser besonderen Bedingungen der Novationsstipulation beruht hauptsächlich die richtige Charakteristik der römischen Novation. Im älteren Recht war der novirende Erfolg an gewisse technisch construirte, den Klagformeln nachgebildete Stipulationsformeln geknüpft. Die Novation war ein tilgender Formalact. Diese Eigenschaft hat sie in der späteren Entwickelung verloren. Sie beruhte dann auf frei concipirten, überwiegend schriftlich redigirten Stipulationen oder Cautionen, welche den Inhalt des früheren Schuldverhältnisses materiell in sich aufnahmen. Diese konnten an die Stelle der vorausgegangenen Obligation gesetzt werden, oder mit accessorischer Geltung neben dieselbe treten. Die Entscheidung über die eine oder die andere Möglichkeit fiel dem Willen der Partheien anheim. Aus dem Formalact ist ein materiell liberatorischer Vertrag geworden. Immer aber ist ein besonderer, mit der früheren Obligation identischer Inhalt der Stipulation Hauptbedingung der Novation geblieben. Die novirte Forderung setzt sich auch ihrem obligatorischen Werthe nach in der neuen fort. Die neue Obligation ist in der Hauptsache denselben Einreden und Anfechtungsmitteln ausgesetzt wie die frühere. Und zwar gilt dies nicht nur von der Novation unter denselben Partheien, sondern auch von der Novation mit Personenwechsel. Die Novation mit Veränderung des Gläubigers oder Schuldners war eine wahre active oder passive Successsion. Sie bildet auch in dieser Beziehung ein von der reinen Delegation ganz verschiedenes Rechtsgeschäft, dessen Erkenntniß bisher nur durch mißverständliche Uebertragung der von jener hergenommenen Grundsätze getrübt gewesen ist.

Diese von der herrschenden Lehre gänzlich verschiedenen Grundanschauungen, welche ich hier nur in wenigen Hauptzügen anticipirt habe, nöthigen mich auch zu einem wesentlich abweichenden Gange der Darstellung. Die Untersuchung der Delegation als eines selbstständigen Rechtsinstituts wird die erste Abtheilung derselben einnehmen. Vollständige Aussonderung der nur auf sie bezüglichen Lehren ist Vorbedingung für eine quellenmäßige Behandlung der Novation; diese wird dann in der zweiten Abtheilung Platz finden, während die Berührungspunkte beider Institute, und namentlich die besonderen Eigenschaften der Successionsfälle der dritten vorbehalten bleiben.

Erste Abtheilung.

Die Delegation.

Erstes Kapitel.

Der Begriff der Delegation im Allgemeinen.

§. 5. Stellung der Delegation in den Rechtsquellen.

Die Delegation ist bekanntlich in den Digesten und im Codex mit der Novation unter der gemeinschaftlichen Titelüberschrift: De novationibus et delegationibus[1]) zusammengestellt. Dieser Anordnung ist selbstverständlich die neuere Darstellung, so lange sie sich überwiegend in der Form von Commentarien zu den Rechtsquellen hielt, gefolgt; sie ist auch für die frei gewählten Systeme der späteren Zeit entscheidend geblieben. Es wird unsere nächste Aufgabe sein, uns über den Werth und die Bedeutung dieser äußeren Zusammengehörigkeit zu vergewissern.

Bei genauerer Betrachtung unseres Quellenmaterials ergiebt sich nun zunächst eine wichtige Thatsache als unzweifelhaft: Die Verbindung der Delegation mit der Novation ist der classischen römischen Jurisprudenz durchaus unbekannt.

Ziehen wir zunächst die uns direct erhaltenen Schriften dieser Periode in Betracht, also vor Allem die Institutionen des Gajus. Gajus erwähnt der Novation an zwei Stellen, einmal beiläufig bei Gelegenheit der Succession (II. §§. 38. 39.), einmal ex professo unter den modis tollendi obligationem (III. §§. 176—179.). An beiden Orten ist von der Delegation nicht die Rede, wiewohl dazu nach unserer heutigen Vorstellung von der Sache wohl Veranlassung gewesen wäre. Die Delegation kommt bei ihm vielmehr nur einmal in einem anderen Zu-

1) Dig. 46,2, Cod. 8,42 im Folgenden überall als h. t. citirt.

sammenhange vor, nämlich als eine Form des alten Litteralcontracts (III. §. 130.). Dasselbe Verhältniß wiederholt sich in den Justinianischen Institutionen, die in ihrem Abschnitt über die Novation in der Hauptsache fast wörtlich ihrem Vorbilde gefolgt sind (§. 3. inst. quibus modis tollitur obligatio 3,30); während sich von der Delegation nur eine einzelne ganz beiläufige, einer anderen Quelle entnommene Erwähnung vorfindet (§. 2. inst. de mandato 3,27.).

In unseren sonstigen außerjustinianischen Rechtsquellen findet sich der Gegenstand nur bei Paulus kurz berührt. In den receptae sententiae der westgothischen Compilation ist am Schlusse des Titels de obligationibus (lib. 5. tit. 7.) ein Paragraph über die Novation enthalten, welcher in einigen Handschriften die besondere Titelüberschrift de novationibus trägt, und dem Inhalte nach mit der dem Edictscommentar des Paulus entnommenen l. 20. h. t. übereinstimmt. Die Delegation kommt in den Resten der receptae sententiae, die wir besitzen, überhaupt nicht vor.

Noch entscheidender ist der Inhalt der in unseren Digestentitel selbst aufgenommenen Fragmente. Jeder Leser des Ganzen wird den Eindruck erhalten, daß hier von den Compilatoren zwei verschiedene Materien durch einander geworfen sind, welche sich sogleich wie Oel und Wasser wieder von einander sondern. Ein Theil der Stellen handelt von der Novation und nicht von der Delegation, ein anderer von der Delegation und nicht von der Novation; nur sehr wenige liefern Zeugniß von einer Berührung beider Rechtsinstitute.

In die erste Kategorie, also ausschließlich zur Novationslehre, gehören folgende Stellen: l. 1—3. 5—10. 14—16. 18. 20—26. 28—30. 32. 34. Sie bilden den Hauptinhalt des Titels; es finden sich darunter namentlich auch zahlreiche Stellen, welche die Novation mit Personenwechsel besprechen, ohne daß dabei irgendwie der Delegation gedacht würde, z. B. l. 8. §§. 2. 4. 5., l. 22. 24. 26. 30. 32. 34. pr. §. 2. — Ausschließlich der Delegationslehre angehörig sind dagegen folgende Fragmente: l. 11—13. 17. 19. 33. Als gemeinschaftlich für beide Gebiete bleiben nur folgende drei: l. 4. 27. 31.; diese drei Stellen behandeln sämmtlich Einzelfälle von ganz besonderer Eigenthümlichkeit und können für sich allein gewiß nur zur Bestätigung der Annahme dienen, daß ein Zusammentreffen von Delegation und Novation nicht auf einer grundsätzlichen Begriffsübereinstimmung, sondern auf gewissen exceptionellen Umständen beruhte. Welches diese besonderen Voraussetzungen in den vorliegenden Fällen waren, werden wir bei späterer genauerer Untersuchung der drei erwähnten Stellen kennen lernen.

Der Platz, welchen unser Titel im System der Pandekten einnimmt, gebührt im Sinne der classischen Juristen nur der Novation,

nicht der Delegation. Das 45. und 46. Buch, an der Spitze des siebenten und letzten Theiles der Pandekten nach der Justinianischen Eintheilung stehend, bilden ein zusammengehöriges Ganze:

> const. de confirmatione digestorum §. 8. Septimus et novissimus articulus Digestorum sex libris formatus est, in quo de stipulationibus seu verborum obligationibus, fidejussoribus et mandatoribus, nec non novationibus, et solutionibus, et acceptilationibus, et de praetoriis stipulationibus omne, quod jus invenitur, gemino volumine inscriptum est, quod in libris antiquis nec numerari possibile fuit.

Der Grundgedanke dieser Anordnung stammt aus dem prätorischen Edict, an dessen Schluß die Formeln der prätorischen Stipulationen standen. Im Anschluß an diese pflegten die römischen Juristen in ihren Edictscommentarien die ganze Lehre von der Stipulation abzuhandeln, welche als ein Institut des jus civile sonst im Edict nicht berührt wurde. Demgemäß beginnt das 45. Buch mit dem Haupttitel de verborum obligationibus; dann folgen besonders ausgezeichnete einzelne Fälle der Stipulation: de duobus reis constituendis (45,2), de stipulatione servorum (45,3), de fidejussoribus (46,1) und unser Titel de novationibus (46,2), ferner der der Stipulation correspondirende Tilgungsact de acceptilatione (46,4). So weit reichen die allgemeinen Lehren; den Schluß bildet dann der Titel de stipulationibus praetoriis (46,5), mit dem dazu gehörigen Detail: rem pupilli salvam fore (46,6) judicatum solvi (46,7) ratam rem haberi (46,8). Einzelnes haben die Compilatoren aus praktischen Gründen damit combinirt; so ist neben den Fidejussoren auch der Mandatoren gedacht, die sonst in diesen Zusammenhang nicht hineingehören. Ebenso ist zwischen Novation und Acceptilation der ganze Titel de solutionibus et liberationibus (46,3) eingeschaltet; Beides ist nach dem Vorbilde des Codex geschehen.

Die Novation ist also hier nicht wie bei Gajus und in den Institutionen als ein modus tollendi obligationem, sondern als eine besondere Art der Stipulation aufgefaßt. Daß diese Art der Behandlung den classischen Juristen ebenfalls geläufig war, geht insbesondere aus den bedeutendsten Fragmenten hervor, welche in unserem Titel Aufnahme gefunden haben: l. 1. 2. 6. 8. 9. h. t. Diese rühren aus den Büchern 46—48. von Ulpians Sabinuscommentar her, wo sie offenbar in demselben Zusammenhange mit der ganzen Stipulationslehre gestanden haben. Man vergleiche dazu namentlich folgende eben daher stammende Fragmente: l. 1. 29. 34. 36. de V. O. (45,1), l. 3. de duobus reis (45,2), l. 5. 7. 9. 11. 13. de stipulatione servorum (45,3), l. 5.

6. 8. de fidejussoribus (46,1), l. 6. 8. de acceptilatione (46,2) und aus dem 49. Buche deſſelben Werkes l. 3. 38. de V. O. (45,1). Auch in den receptae sententiae des Paulus iſt dieſelbe Anordnung kenntlich.

Die Novation war überhaupt ein in der Lehre der claſſiſchen Juriſten als weſentlich anerkanntes Glied in dem Syſtem des alten jus civile, welches je nach dem Plane des Ganzen an der einen oder der anderen Stelle ſeiner ſelbſtſtändigen Behandlung ſicher war. Es gab eine ausgedehnte Litteratur darüber, von welcher uns jedenfalls der geringſte Theil erhalten iſt. Juſtinian ſelbſt rühmt in der vorhin mitgetheilten Stelle aus der const. de confirmatione digestorum die Reduction der innumerabiles libri antiqui auf zwei Bücher der Digeſten. Daß bei dieſer Schmälerung die Novationslehre am ſtiefmütterlichſten behandelt worden iſt, läßt ſich erwarten, da ſie Juſtinian an einer anderen Stelle (c. 8. h. t.) als nocentia volumina charakteriſirt. In dem reformatoriſchen Geſetze ſelbſt, mit welchem der Kaiſer die Entwickelung zum Abſchluß gebracht hat, ebenſo wie in dem hiſtoriſchen Bericht, der davon in den Inſtitutionen gegeben wird (§. 3. i. f. inst. quibus modis tollitur obligatio 3,30), iſt aber der Reichthum und die innere Abgeſchloſſenheit der älteren Lehre noch deutlich erkennbar.

Alles dies läßt ſich von der Delegation nicht behaupten. Dieſe war in der claſſiſchen Jurisprudenz der Römer heimathlos, ſie hatte keine abgerundete Theorie. Gelegentliche Bemerkungen über dieſelbe finden ſich durch das ganze Rechtsgebiet zerſtreut, von einer beſonderen Litteratur derſelben kann man nicht ſprechen. Auch die ſechs Stellen unſeres Titels, welche ich oben als von der Delegation ex professo handelnd bemerklich gemacht habe, tragen im Weſentlichen denſelben fragmentariſchen Charakter. Ueber den Zuſammenhang, in welchem ſie in den Schriften der Juriſten urſprünglich geſtanden haben, laſſen auch die Inſcriptionen der Meiſten keine ſicheren Schlüſſe zu. Beſondere Beachtung verdienen in dieſer Beziehung nur zwei von ihnen, nämlich l. 11. und l. 19. h. t. Die letztere enthält eine zuſammenhängende Erörterung der charakteriſtiſchen Eigenthümlichkeit der Delegationsſtipulation, wonach gegen dieſelbe keine Einreden aus der Perſon des Deleganten zuläſſig ſind. Dieſe Stelle iſt aus Paulus libro 69. ad edictum entnommen; aus anderen Pandektenfragmenten wiſſen wir, daß Paulus im 70. und 71. Buche ad edictum die Lehre von den Exceptionen behandelt hat: l. 6. 17. de exceptionibus (44,1) l. 6. 12. 14. de exceptione rei judicatae (44,2) l. 1. 3. 5. de doli exceptione (44,4) l. 2. quarum rerum actio (44,5). Aller Wahrſcheinlichkeit gehört demnach auch unſere Stelle ebenſo wie l. 3. 5. 7. si quis cautionibus (2,11), ebenfalls aus dem 69. Buch, derſelben Lehre an, und hat urſprünglich in einem

ähnlichen Zusammenhange gestanden, wie noch jetzt die l. 4. §§. 20. 21. de doli exceptione (44,5), welche verwandten Inhalts ist.

Als einzige Spur einer der Delegation als solcher selbstständig gewidmeten Darstellung des älteren Rechts bleibt demnach

> l. 11. h. t. (Ulpianus libro 27. ad edictum.) Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit. §. 1. Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litiscontestationem.

Hier haben wir wenigstens eine Definition und den Anfang einer Eintheilung vor uns, welche auf eine Berücksichtigung des Instituts im System schließen lassen. Wenn wir der Inscription dieser einzelnen Stelle trauen wollen, so würde sie mit folgenden anderen zusammenzustellen sein: l. 36. de jurejurando (12,2), l. 8. de condictione furtiva (13,1), l. 1. 3. de condictione triticaria (13,3), l. 2. 4. de eo quod certo loco (13,4), l. 1. 3. 5. 7. 11. 14. 16. 18. de pecunia constituta (13,5). Danach müßten wir also für das classische Recht die Delegationslehre, soweit wir ihr überhaupt eine eigenthümliche Entwickelung zuschreiben können, etwa in das jetzige 13. Buch der Pandekten verweisen, wo sie sich am nächsten der Theorie der Condictionen anzuschließen hätte — eine Stellung, die ihr, wie wir später sehen werden, auch der Natur der Sache nach am Meisten zukommt.

Nach diesen Resultaten in Bezug auf das classische Recht bleibt die Frage sehr berechtigt: Woher stammt die Verbindung der Delegation mit der Novation im Justinianischen Recht? Wie kamen die Compilatoren dazu, wenn sie in den ihnen vorliegenden Materien gar keine, oder nur sehr geringfügige Veranlassung dazu fanden, die Delegationslehre bei der Novation unterzubringen? Auch diese Frage läßt sich wenigstens mit einiger Wahrscheinlichkeit beantworten. Vorbild für die Pandekten ist auch hier jedenfalls der Codex gewesen, dessen Ordnung die Compilatoren neben der des Edicts zu folgen besonders angewiesen waren.

§. 5. const. de conceptione digestorum.

Der gleichnamige Codextitel de novationibus et delegationibus steht an sich in demselben systematischen Zusammenhange. Voran gehen die Titel de contrahenda et committenda stipulatione (8,38), de inutilibus stipulationibus (8,39), de duobus reis (8,40), de fidejussoribus et mandatoribus (8,41), nachher folgen: de solutionibus et liberationibus (8,43), de acceptilationibus (8,44). Er nimmt also dieselbe Stelle in der Theorie der Stipulation ein, an welcher wir ursprünglich nur einen Titel de novationibus vermuthen dürfen. Doch hat hier zur Heranziehung der Delegation wenigstens äußerlich eine vermehrte

Veranlassung vorgelegen. So wie wir den Titel jetzt im codex repetitae praelectionis vor uns haben, besteht er, abgesehen von dem am Schlusse hinzugefügten, erst nach der ersten Redaction ergangenen Justinianischen Gesetze, aus sieben Rescripten, von denen vier, nämlich c. 1. 5—7. sich ausschließlich mit der Delegation beschäftigten; der ganze der Novation angehörige Inhalt reducirt sich also auf deren drei, sämmtlich von Gordian, c. 2—4. h. t. Wir dürfen annehmen, daß diese, wahrscheinlich schon aus einer der älteren Sammlungen übernommen, den eigentlichen Kern des ganzen Titels bilden. Gerade die beiden ersten dieser Gordianischen Rescripte c. 2. und c. 3. h. t. behandeln aber wiederum solche besondere Novationsfälle, die zugleich Delegationen waren, so daß die Berührungspunkte zwischen Beiden hier entschieden in den Vordergrund traten. Die Redactoren des Justinianischen, vielleicht schon des Theodosianischen Codex konnten davon sehr wohl Veranlassung nehmen, dem Titel seine jetzige Doppelüberschrift zu geben, und die übrigen die Delegation betreffenden Rescripte einzufügen. Der Hergang würde sich vollständiger aufklären lassen, wenn uns auch nur aus dem Theodosianischen Codex der entsprechende Titel erhalten wäre. Jedenfalls genügt die angedeutete Vermuthung, um auch bei einer sehr geringen Verwandtschaft zwischen Novation und Delegation ihre systematische Zusammenstellung zu erklären.

Daß die Verbindung zwischen Beiden auch im Justinianischen Recht nur eine äußerliche blieb, dafür mag hier vorläufig nur noch der jedenfalls bemerkenswerthe Umstand angeführt werden, daß auch das eingreifende Justinianische Gesetz über die Novation (c. 8. h. t.) ebenso wie die Institutionenstelle, die darüber berichtet, der Delegation mit keiner Silbe gedenkt.

Der Versuch einer selbstständigen Bearbeitung der Delegationslehre aus den Quellen bedarf unter den vorliegenden Umständen mehr als bei anderen Gegenständen erforderlich sein würde, eine umfassende Uebersicht des ganzen Corpusjuris und allseitige Berücksichtigung des zerstreuten Quellenmaterials. Ich bin deshalb genöthigt, der Darstellung selbst eine genaue Untersuchung des Sprachgebrauches der Quellen voranzuschicken, um so mehr als in dieser Beziehung einige Mißverständnisse aufzuklären sind, welche zu der ungenügenden Behandlung der Lehre in neuerer Zeit wesentlich beigetragen haben.

§. 6. Sprachgebrauch. Delegare alicui aliquid. Delegatio nominis.

Die Ausdrücke delegare, delegatio kommen bei den römischen Juristen in zwei mit einander verwandten Bedeutungen vor, deren

ſtrenge Sonderung für ein richtiges Verſtändniß unerläßlich iſt. Die Unterſcheidung beider iſt um ſo leichter, da ſie ſchon durch eine verſchiedene grammatiſche Conſtruction kenntlich werden: einmal iſt das Object der Delegation eine Sache, das anderemal eine Perſon.

Delegare alicui aliquid heißt jemandem etwas übertragen; ſo viel wie mandare, committere z. B. tutelam,[1]) arbitrium,[2]) jurisdictionem.[3]) Dies iſt der auch bei nichtjuriſtiſchen Schriftſtellern gewöhnliche Gebrauch des Wortes.[4])

Delegare aliquem heißt jemanden zu einer Leiſtung anweiſen, iſt alſo wiederum ſynonym mit mandare, jubere, nur daß der Begriff durch die nothwendige Beziehung auf den Vortheil eines Dritten ſpecialiſirt iſt. Dies iſt die eigentlich techniſche Bedeutung des Wortes, mit der wir als im Folgenden allein zu thun haben.

Die nähere Beſtimmung jenes erſten Sprachgebrauchs hat für jetzt nur das negative Intereſſe, vor Mißverſtändniſſen zu ſchützen und eine Reihe von Quellenſtellen, in welchen von der Delegation in jenem Sinne die Rede iſt, von unſerer Unterſuchung vorweg auszuſcheiden. Zu dieſen gehören namentlich alle diejenigen, in welchen die Verbindung delegare actionem oder delegare nomen vorkommt.

Delegatio actionis oder delegatio nominis iſt niemals auf die eigentliche Delegation, ſondern auf die Ceſſion zu beziehen. Den Schriftſtellern des ſechszehnten und ſiebzehnten Jahrhunderts war dieſer Unterſchied vollſtändig geläufig.[5]) Erſt in neuerer Zeit hat ſich die Erkenntniß deſſelben mehr verloren.[6]) Zur genaueren Beſtimmung des Sinnes, der mit den genannten Ausdrücken zu verbinden iſt, muß ich daran erinnern, daß unſere heutige Ceſſion bei den Römern auf einer zweifachen Entwickelungsſtufe vorkommt. Im älteren Recht erfolgt bekanntlich die Uebertragung eines Forderungsrechts durch Beſtellung eines Proceßvertreters, eines cognitor oder procurator in rem suam; die vollſtändige Wirkung tritt dann erſt mit der Litisconteſtation ein. Im neueren Recht genügt ein auf die Uebertragung abzielendes materielles Rechtsgeſchäft (Kauf, datio in dotem u. ſ. w.); ſchon mit dem Abſchluß dieſes Geſchäfts erwirbt der Ceſſionar eine actio utilis. Der Sprachgebrauch delegare actionem gehört dem älteren Rechtszuſtande

1) l. 3. §. 3. de administr. et periculo tutorum (26,7).

2) l. 32. §. 16. de receptis qui arbitrium (4,8).

3) l. 1. de damno infecto (39,2).

4) Vergl. die Stellen aus Cicero und Tacitus bei Liebe Stipulation S. 199, Note 2.

5) Vergl. z. B. Cujaz, paratitla ad cod. h. t. Brunnemann, Comm. ad c. l. 6. h. t. Lauterbach, colleg. theor. pract. ad h. t. §. 5.

6) Vergl. darüber Mühlenbruch, Ceſſion S. 37, Note 64; S. 221 bei Note 415. v. Meyerfeld, Schenkungen Th. I. S. 248.

an; delegare actionem heißt genau so viel wie mandare, praestare, exhibere actionem, bezeichnet also die Abtretung einer Klage durch Bestellung eines procurator in rem suam. Der gleichbedeutende Ausdruck delegare nomen enthält für die Römer, bei denen sich Klage und Forderung so nahe berührten, nur eine geringe Metonymie.

Ich lasse jetzt eine Reihe von Beweisstellen für die vorstehenden Bemerkungen folgen, und füge zu einzelnen besondere Erläuterungen hinzu. Die Zusammenstellung Aller wird, wie ich glaube, keinen Zweifel übrig lassen, daß der Sprachgebrauch ein völlig constanter ist.

1. c. 1. de contrario judicio tutelae (5,58). Si pro contutore judicato pecuniam solvisti, nullum judicium tibi contra pupillum competit, ut *delegetur* tibi adversus liberatum *actio*. —
2. l. 51. de peculio (15,1). — ergo si paratus sit *actiones mandare*, absolvetur. — in idem redibit, si *actiones* paratus sit *praestare*; et in omnibus quos idcirco teneri dicimus, quia habent actionem, *delegatio* pro justa praestatione est.
3. l. 1. §. 12. de collatione bonorum (37,6). — dicendum est, emancipatum satis contulisse videri — et si *nomen paterni debitoris delegaverit*.
4. l. 9. praescriptis verbis (19,5). Ob eam causam accepto liberatus ut *nomen Titii debitoris delegaret*, si fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur. Itaque judicis officio non vetus obligatio restaurabitur, sed promissa praestabitur, aut condemnatio sequetur.

Die Glosse bezieht hier condemnatio unbegreiflicherweise auf die Verurtheilung des Delegaten (im eigentlichen Sinne). Der Jurist spricht von der Zulässigkeit der actio praescriptis verbis (incerti actione) aus einem Innominatcontract des Inhalts: acceptum tibi fero, ut nomen Titii deleges. Das Ziel dieser Klage ist nicht Erneuerung der durch Acceptilation getilgten Obligation, — das wäre Gegenstand der condictio, — sondern Erfüllung (promissa obligatio *praestabitur*) oder Condemnation auf das Geldinteresse. Die Erfüllung besteht, wie in den vorhergehenden Stellen, in der Abtretung der Klage.

5. l. 68. §. 1. de evictionibus (21,2). Creditor, qui pro pecunia *nomen debitoris per delegationem sequi* maluit, evictis pignoribus, quae prior creditor accepit, nullam actionem cum eo qui liberatus est, habebit.

Diese Stelle hat neuerdings Dernburg (Pfandrecht Th. I. S. 563) auf eine Novation bezogen, indem er, um die Fortexistenz des Pfandrechts zu erklären, eine besondere conventio ut pignus repetatur

annimmt. Dann könnte aber gewiß keine Evictionspflicht des früheren Gläubigers in Frage kommen. Das richtige Verständniß findet sich bei Cujaz Oper. tom IV. p. 1298 und Sintenis (Pfandrecht S. 405 Note 2).

6. l. 77. §. 18. de legatis II. (31,1). Hereditatem post mortem suam rogati restituere, *nominum* periculo, quae per divisionem obligerunt, inter coheredes *interpositis delegationibus* non adstringuntur.

Den Fiduciar trifft in der Regel nicht das periculum der zur Erbschaft gehörigen nomina (l. 58. §. 1. ad SC. Trebellianum 36,1). Hierin tritt keine Aenderung ein — non adstringuntur — wenn behufs Theilung unter den Miterben delegationes interponirt werden. Damit kann also auch hier keine Novation gemeint sein, mit welcher die Gefahr allerdings auf den neuen Gläubiger übergehen würde (l. 35. de jure dotium 23,3).

7. c. 2. de obligationibus et actionibus (4,10). *Nominibus* in dotem datis, quamvis nec *delegatio* praecesserit, nec litiscontestatio subsecuta sit, utilem tamen marito actionem ad similitudinem ejus, qui nomen emerit, dari oportere saepe rescriptum est.

Diese Stelle wird fast von allen neueren Schriftstellern irrthümlich auf die wahre Delegation bezogen, und doch ist der Sinn gerade hier am wenigsten zweifelhaft. Es ist eins aus der Reihe der Kaiserrescripte, welche die allmählige Ausdehnung der actio utilis des Cessionars im späteren Recht bezeugen. Delegatio und litiscontestatio sind hier die durch die neuere Rechtsbildung entbehrlich gewordenen Formen der Klagenabtretung, delegatio das erste Stadium derselben, nämlich das einfache mandatum agendi, litiscontestatio das zweite, mit welchem erst die volle Wirkung eintrat; daher die charakteristische Gegenüberstellung: delegatio praecessit — litiscontestatio subsecuta est.

8. l. 96. §. 2. de solutionibus (46,3). Soror cui legatum ab herede fratre debebatur, post motam legati quaestionem transegit, ut *nomine* debitoris contenta legatum non peteret. Placuit, quamvis nulla *delegatio* facta, neque liberatio secuta esset, tamen nominis periculum ad eam pertinere; itaque si legatum contra placitum peteret, exceptionem pacti non inutiliter opponi.

Dieser Stelle liegt offenbar ein ganz ähnlicher Gedankengang zu Grunde, wie der vorhergehenden. Vollständig würde diese Uebereinstimmung erst dann hervortreten, wenn statt liberatio wiederum litiscontestatio zu lesen wäre. Ich halte diese Emendation in der That

für geboten,[7]) denn nach dem vorliegenden Text bleibt die Beziehung der liberatio zu dem periculum nominis völlig unverständlich. Die für die Geschichte der Cession höchst interessanten Consequenzen, welche sich nach der vorgeschlagenen Lesart aus der Stelle ziehen lassen, behalte ich einem anderen Zusammenhange vor. Ebendahin muß ich die genauere Betrachtung der drei folgenden Stellen verweisen, welche sich auf die Perfection einer Schenkung an einem nomen beziehen. Bekanntlich enthielt über diesen Gegenstand die lex Cincia besondere Formvorschriften, weshalb derselbe im älteren Recht mehrfach genau erörtert wird. Die Schenkung unter gewissen Verwandten und sonstigen einander nahe stehenden Personen — personae exceptae — war von den strengen Vollzugsformen des Gesetzes befreit, und wir erfahren aus den folgenden Stellen, daß in diesem Falle die Schenkung eines nomen bereits durch das mandatum actionis vor vollzogener Litiscontestation perfect wurde.

9. c. 11. i. f. de donationibus (8,54). — *Delegationes nominum* in emancipatum collatae perfectam donationem efficiunt.

Der Kaiser will nichts anderes sagen, als was in c. 2. eod. unzweideutiger ausgesprochen ist: Si nominis persecutionem in te emancipatam pater tuus titulo donationis transtulit, frustra praetendit, qui debitori tuo heres exstitit, consensum fuisse debitoris necessarium quum *satis fuerit, actiones eo nomine tibi mandatas fuisse.*

10. Vatican. fragm. §. 260. Filius emancipatus, cui pater peculium non ademit, res quidem pro donato vel pro suo, quod justam causam possidendi habet, usucapit; sed debitores convenire non potest, neque lites peculii prosequi, si non sit in rem suam cognitor datus aut *nominum delegationes* intervenerunt.

Der Sinn dieser Stelle wird vollständig wiedergegeben in l. 53. de peculio (15,1) si Sticho peculium, quum manumitteretur, ademtum non est, videtur concessum; debitores autem convenire, *nisi mandatis sibi actionibus,* non potest.

11. Vat. fragm. §. 263. Eam quae bona sua filiis per epistolam citra stipulationem donavit, si neque professionem rerum singularium tradidit, neque per mancipationem rerum dominia transtulit, nec *interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit*, nihil egisse placuit.

7) Auch glaube ich dieselbe bereits von anderer Seite gelesen zu haben; jedoch habe ich nichts dahin Abzielendes wieder auffinden können.

Dieſe Stelle giebt am Meiſten zu Mißverſtändniſſen Anlaß, und verdient deshalb noch eine beſondere Betrachtung. Auf den erſten Blick ſcheint darin direct ausgeſprochen zu ſein, daß die Delegation, von der darin geſprochen wird, eine Form der Novation ſei. Auf dieſer Vorausſetzung beruht die bisherige Auslegung derſelben, wonach die Gegenüberſtellung delegationes und inchoatae lites die doppelte Geſtalt der Novation nach der herrſchenden Lehre, novatio voluntaria und necessaria, wiedergeben ſoll. Man glaubt gerade hier die einzige directe Beweisſtelle dafür gefunden zu haben, daß die römiſchen Juriſten auch der Litisconteſtation den Namen einer Novation gegeben haben.[8]) Schon dieſer Umſtand muß gegen die Annahme Mißtrauen erwecken, daß novare hier in ſeiner techniſchen Bedeutung gebraucht iſt. Durch eine Vergleichung mit den bisher unterſuchten Stellen wird dieſe Annahme vollſtändig widerlegt. Der Juriſt ſpricht in der ganzen Stelle offenbar von dem Minimum der zur Perfection einer Schenkung inter exceptas personas erforderlichen Formen. Dies Minimum war, ſoweit nomina Gegenſtand der Schenkung bilden, die Abtretung der Klage. Auf dieſe in ihren beiden Stadien muß daher Delegation und Litisconteſtation ebenſo wie in den unter 7. und 8. oben angeführten Stellen bezogen werden. Es iſt nur eine uneigentliche Bezeichnung, wenn dafür hier der Ausdruck novare actiones gebraucht wird. Wollte man dem entgegen delegationes in der gewöhnlichen Art verſtehen, ſo würde der Juriſt auch mit ſeiner Vorausſetzung im Eingange der Stelle in Widerſpruch treten, daß die Schenkung citra stipulationem erfolgt ſei. — Auch verdient hervorgehoben zu werden, daß die vorliegende Stelle ebenſo wie num. 4. 5. 6. 8. 10. von Papinian herrührt, welchem der Gebrauch von delegatio in der angegebenen Bedeutung beſonders geläufig geweſen zu ſein ſcheint.

In demſelben Sinne wie delegare nomen kommt in den folgenden Stellen vor delegare pensiones, legata, dotem u. ſ. w.

12. l. 88. §. 15. de legatis II. (31,1). — Quum filius defuncti mutuam pecuniam acceperit, et locatis aedibus pro parte sua, *pensiones sibi debitas* creditrici *delegaverit.*
13. l. 41. de conditionibus et demonstrationibus (35,1). *Legata* sub conditione relicta non statim, sed quum conditio exstiterit, deberi incipiunt, ideoque interim *delegari* non potuerunt.

Die Lesart delegari iſt hier zweifelhaft, einige Handſchriften haben legari. Wahrſcheinlich verſuchte man eine Emendation, weil nach dem gewöhnlichen Verſtändniß von delegare eine offenbare Antinomie mit

8) Vergl. Keller, Litisconteſtation und Urtheil S. 93. v. Savigny, Syſtem Bd. VI. S. 24.

l. 8. §. 1. und l. 14. §. 1. h. t. vorlag, welche beide ebenso wie die vorliegende Stelle von Ulpian herrühren. Die Lesart delegari ist aber offenbar die richtige, und giebt mit der hier nachgewiesenen Bedeutung des Wortes wenigstens für das ältere Recht einen sehr guten Sinn. Ein mandatum actionis ist nach der Auffassung der classischen Juristen unmöglich, so lange noch keine actio existirt. Das bedingte Legat erzeugte aber vor eingetretener Bedingung keine Klage, sondern nur eine spes futurae actionis. Hierin bestand ein charakteristischer Unterschied zwischen dem Legat und der Stipulation (l. 42. de O. et A. 44,7). Mit der Einführung der actiones utiles für den Cessionar verlor die in unserer Stelle gezogene Consequenz allerdings ihre Bedeutung, und es scheint aus c. 3. de donationibus (8,54) hervorzugehen, daß sie später auch für solche Fälle, in denen noch keine actio utilis gegeben wurde (was bei Schenkungen erst seit der c. 33. eod. geschah) verlassen worden ist. Jedenfalls kann die Stelle nur einer Unachtsamkeit der Compilatoren ihre Aufnahme verdanken.

14. l. 66. §. 2. soluto matrimonio (24,3). Filiafamilias divortio facto *dotem* patri reddi jusserat; deinde parte dotis persoluta pater decesserat. Reliquem partem, si *nec delegata nec promissa novandi animo* patri fuisset, mulieri solvi debere.

15. l. 19. i. f. de solutionibus (46,3). Servus meus, quod peculiari nomine crediderit, exigendo liberabit debitorem, *delegando* autem vel *novando* non idem consequetur.

Die beiden letzten Stellen sind durch den Gegensatz, in welchen delegare in dem hier besprochenen Sinne zu novare gestellt ist, besonders charakteristisch. Beidemale ist delegare auf eine Ermächtigung zur Klage, novare auf eine Ermächtigung zur Stipulation zu beziehen.

Alle bisher betrachteten Stellen stimmen darin überein, daß das abgetretene Vermögensstück grammatisch und logisch Object der delegatio ist. Nur ausnahmsweise kommt es vor, daß dafür die Person des Schuldners sprachlich substituirt wird. Nur in diesem Falle tritt die Möglichkeit einer Verwechselung mit der im folgenden Paragraphen zu behandelnden zweiten Bedeutung des Wortes ein, über die dann nur der Zusammenhang entscheiden kann. Hierher gehört mit Sicherheit:

16. l. 29. de liberatione legata (34,3). Si is qui duos reos promittendi habet, damnaverit heredem, ut utrosque liberet, si alter ex his capere non possit, nec socii sint, *delegari* debebit *is qui nihil capit* ei, cui hoc commodum lege competit, cujus petitione utrumque accidit, ut et hoc commodum ad eum perveniat, et is qui capit, liberetur.[9])

9) Vergl. die ausführliche Analyse dieser Stelle bei Keller Litiscontestation S. 454 folg.

Wahrſcheinlich in demſelben Sinne ſind zu verſtehen:

17. l. 10. §. 6. mandati (17,1). Si cui mandavi ut a Titio stipularetur, potero cum eo cui mandavi agere mandati, ut eum accepto liberet, si hoc velim, vel si malim in hoc agam, *ut eum deleget mihi*, vel si cui alii voluero.

und 18. l. 42. de pignoraticia actione (13,7). Creditor judicio quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, jure cogitur, *nec audiendus erit, si velit emtorem delegare.*

mit welchen beiden Stellen beſonders die oben unter Nr. 2. abgedruckte zu vergleichen iſt.

§. 7. Fortſetzung. Delegare aliquem.

Ich wende mich jetzt zu der Betrachtung der zweiten Bedeutung des Wortes delegare, in welcher ſtets von der Delegation einer Perſon geſprochen wird.[1]) Delegation in dieſem Sinne iſt der eigentliche Gegenſtand unſerer weiteren Unterſuchungen.

Delegare aliquem heißt, wie ſchon bemerkt, jemanden zu einer Leiſtung an einen Dritten anweiſen. Der Gegenſtand dieſer Leiſtung wird daneben beſonders ausgedrückt. An ſich kann derſelbe von jeder beliebigen Beſchaffenheit ſein. In den Quellen können wir aber zwei Hauptfälle unterſcheiden. Entweder die Anweiſung bezieht ſich auf ein dare, hauptſächlich auf eine Geldzahlung, oder auf die Uebernahme einer Verpflichtung, die in der Regel durch Stipulation vollzogen wird, alſo ein promittere.

Beiſpiele des erſten Hauptfalls, in welchem alſo das Wort delegare für eine Zahlungsanweiſung gebraucht wird, bieten folgende Stellen:

l. 23. §. 3. quod metus causa (4,2), l. 57. §. 1. de condictione indebiti (12,6), l. 8. quod cum eo, qui in aliena potestate est (14,5), l. 5. §. 8. de jure dotium (23,3), l. 1. §. 16. si quid in fraudem patroni (38,5), l. 4. §. 26. l. 16. de doli exceptione (44,4), l. 96. pr. de solutionibus (46,3), c. 8. de obligationibus et actionibus (4,10), c. 2. de communium rerum alienatione (4,52), c. 7. h. t.

Noch häufiger iſt aber der Gebrauch des Wortes in dem zweiten Fall, für den ich vorbehaltlich näherer Beſtimmung des Begriffs die bereits gelegentlich gebrauchte Bezeichnung Creditanweiſung beibehalten

1) Die einzige Ausnahme von dieſer Regel, die ich bemerkt habe, findet ſich in c. l. h. t. wo im Gegenſatze zu der emtio nominis die Bezeichnung delegatio *debiti* anſtatt debitoris gewählt iſt.

will. Ursprünglich bedeutet delegatio auch hier die Anweisung allein, so daß die Uebernahme der Verpflichtung seitens des Delegaten daneben besonders ausgedrückt wird, z. B.:

per delegationem alii promisit l. 19. §. 3. de institoria actione (14,3).

a creditore delegata promisit l. 24. pr. ad SC. Vellejanum (16,1).

delegante me promisisti l. 21. pr. de donationibus (39,5).

emtor delegante venditore pecuniam promittit l. 27. h. t.

delegatus a me spopondit l. 33. h. t.

alieno creditori promittere delegata es c. 2. de condictione indebiti (4,5).

und ähnliche Wendungen. In diesem Sinne wird denn die Delegation für ein formloses Rechtsgeschäft erklärt:

Delegare scriptura vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest l. 17. h. t.

Dann aber wird auch ohne Zusatz gesagt: *delegare alicui aliquem*, und damit der Begriff auf das ganze zusammengesetzte Rechtsgeschäft mit Einschluß des zwischen dem Delegaten und Delegatar vollzogenen Verpflichtungsactes ausgedehnt. In dieser engeren Bedeutung des Wortes ist also delegatio eine durch Stipulation (oder in anderer Form) vollzogene Creditanweisung. Auf diese Bedeutung bezieht sich die Definition von Ulpian in l. 11. h. t., auf welche noch näher zurückzukommen sein wird:

Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit. §. 1. Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litis contestationem.

Der Jurist berichtet in dieser Stelle zugleich über die verschiedenen Formen, in welchen die Vollziehung der Delegation geschehen konnte: Stipulation und Litiscontestation. Wir dürfen annehmen, daß in der ursprünglichen Gestalt der Stelle noch eine dritte, dem älteren Recht angehörige Form aufgeführt war: die Expensilation, die wir als solche durch Gajus (III. §. 130.) kennen gelernt haben.

Sprachlich ist die erstere, auf die Anweisung allein beschränkte Bedeutung offenbar die primäre, die letztere die abgeleitete. Vielleicht ist diese überhaupt verhältnißmäßig neuen Ursprungs. Wenigstens könnte man aus der Ausdrucksweise von Seneca (de benef. VI. 5. §. 2):

delegatione et verbis perficitur solutio

den Schluß ziehen, daß für ihn das Wort delegatio nicht genügte, um den nachfolgenden Verbalcontract, auf welchen er durch den Zusatz et verbis hindeutet, mitzubezeichnen. In den Digesten ist dieser Sprach-

gebrauch dagegen sehr gewöhnlich, und der Ursprung desselben hat sich sogar soweit verwischt, daß delegare vorzugsweise zur Bezeichnung des Rechtsgeschäfts zwischen Deleganten und Delegatar dient, also für die Leistung gilt, welche diesem indirect durch die Obligation des Delegaten gewährt wird. Dieser Sinn liegt eigentlich auch der Ulpianischen Definition reum dare zu Grunde. Auch sonst wird reum dare oder expromissorem dare mit delegare gleichbedeutend gebraucht, z. B.:

l. 4. de condictione causa data causa non secuta (12,4), l. 13. §. 23. de actionibus empti (19,1), l. 37. §. 8. de operis libertorum (38,1), l. 4. §. 20. de doli exceptione (44,4)

und umgekehrt reum accipere von der Handlung des Delegatars:

l. 22. §. 2., l. 64. §. 4. soluto matrimonio (24,3).

Wo es auf Hervorhebung des Rechtsgeschäfts zwischen Deleganten und Delegaten, also der eigentlichen Anweisung ankommt, wählen die Römer lieber die umschreibenden Wendungen jubere promittere, expromittere oder jussu alicujus spondere, promittere, expromittere:

l. 32. de rebus creditis (12,1), l. 9. §. 1. de condictione causa data causa non secuta (12,4), l. 36. 45. §. 1., l. 59. §. 1. de jure dotium (23,3), l. 5. §. 3. de donationibus inter virum et uxorem (24,1), l. 2. §. 1—4., l. 21. §. 1. de donationibus (39,5), l. 31. §. 3. de mortis causa donationibus (39,6), l. 7. pr. §. 1. de doli exceptione (44,4), l. 31. §. 1. i. f. h. t.

Dagegen ist zu bemerken, daß eine Umschreibung durch *mandare* promittere niemals vorkommt. Bei der Zahlungsanweisung kommt allerdings die Wendung mandare solvi zuweilen vor, z. B.

l. 56. de solutionibus (46,3). Qui *mandat solvi*, ipse videtur solvere.

Doch ist auch hier der Gebrauch von jubere, jussus der bei weitem häufigere. Man vergleiche allein aus dem Titel de solutionibus l. 32. i. f., l. 34. §. 7., l. 38. §. 1., l. 49. 64. 66. 108. i. f.

Für die Verpflichtungshandlung allein kommt der Ausdruck delegare niemals vor. Die Annahme von Brissonius (De verborum significatione s. v. delegare), daß se delegare gleichbedeutend sei mit se obligare, beruht auf einem offenbaren Mißverständnisse der l. 4. §. 1. de manumissionibus (40,1).

§. 8. Begriff und Function der Delegation im Allgemeinen. Deckung und Valuta.

Der Sprachgebrauch der Quellen lehrt uns also die Delegation in einer doppelten Bedeutung kennen, einmal im weiteren Sinne als Anwei-

sung im Allgemeinen, einmal im engeren Sinne als Creditanweisung im Besonderen. Unsere jetzige nächste Betrachtung soll dem allgemeineren Institute der Anweisung gewidmet sein. Die Eigenthümlichkeiten der Creditanweisung bleiben späterer besonderer Erörterung vorbehalten.

Anweisung (delegatio im weiteren Sinne) ist also ein Rechtsgeschäft zwischen drei Personen: A. weist den B. an, dem C. irgend eine Leistung zu gewähren, deren Inhalt zunächst unbestimmt bleibt; durch die Leistung des B. an C. wird die Anweisung vollzogen. A. ist der Delegant, B. der Delegat, C. der Delegatar. Ich will diese im gewöhnlichen Sprachgebrauche nur für die Creditanweisung üblichen Bezeichnungen auch hier bei der Betrachtung der Anweisung im Allgemeinen beibehalten, da sie den Bezeichnungen der Quellen am nächsten liegen. Bekanntlich kommen nur die beiden ersten, Delegant und Delegat, direct bei den Römern vor, und auch diese keineswegs als technische Ausdrücke. Viel gewöhnlicher sind Umschreibungen: is qui delegavit, is a quo delegata es, is qui delegatus est und Aehnliches. Der Ausdruck Delegatar kommt auch bei den Neueren erst seit Ende des achtzehnten Jahrhunderts vor.

Den für die Zahlungsanweisung in der heutigen Wissenschaft üblichen modernen Ausdruck Assignation vermeide ich absichtlich, weil derselbe den Quellen völlig fremd ist, und vermöge der damit nach der herrschenden Lehre verknüpften Vorstellungen leicht von vorn herein zu Mißverständnissen Veranlassung geben könnte.

Ich sagte: der Inhalt der Leistung, welche den Gegenstand der Anweisung bildet, bleibt zunächst unbestimmt. Wir haben als die beiden Hauptformen bereits kennen gelernt: Zahlung (datio) und Verpflichtung (obligatio, promissio). Damit sind aber nicht alle Fälle erschöpft. Z. B. kann auch eine Liberation auf Anweisung eines Anderen geschehen. Einen solchen Fall behandeln l. 36—38. de jure dotium (23,3).

> Debitor mulieris jussu ejus pecuniam viro expromisit, deinde *vir acceptam eam jussu mulieris fecit.*

Wir müssen also ganz allgemein sagen: B., der Delegat, giebt, veräußert, belastet sich; C., der Delegatar, nimmt, erwirbt, bereichert sich.

Diese Leistung des B. an den C. — das ist das Charakteristische des Geschäfts — ist im Verhältniß des Gebenden zum Nehmenden ein reines Abstractum. Ihre Bedeutung erhält sie nur durch die Veranlassung, welche A. zu dem Ganzen gegeben hat. Das heißt: B., der Delegat, will dem C. weder schenken, noch leihen, noch bezahlen; C., der Delegatar, will von dem B. weder Geschenk, noch Credit, noch Bezahlung haben. Die Absicht Beider beschränkt sich darauf, im Interesse des A., für Rechnung des A., des Deleganten, zu geben und zu nehmen.

B., indem er auf Anweisung (jussu) des A. giebt, ist sich bewußt, seine Zuwendung indirect dem A. selber zu machen. C., indem er die ihm von A. delegirte Leistung annimmt, ist sich bewußt, indirect von A. selber zu empfangen. In diesem gemeinschaftlichen Bewußtsein allein besteht die Willensübereinstimmung zwischen B., dem Geber, und C., dem Empfänger.

Das Verhältniß zu A. giebt aber wiederum der Leistung eine doppelte Function. A. erscheint als Empfänger gegenüber dem B., als Geber gegenüber dem C. Das doppelte, reelle Geben und Nehmen zu vermeiden, ist gerade die praktische Tendenz des Anweisungsgeschäfts. Der theoretische Erfolg ist, daß Beides dennoch ideell vor sich geht. Die einfache Leistung des angewiesenen Objects von B. an C. bringt eine doppelte Vermögenszuwendung zu Stande, eine von B. an A., und eine von A. an C. Jene beruht auf dem Grundsatze:

> Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset l. 180. de regulis juris (50,17).

diese auf dem anderen:

> Qui mandat solvi, ipse videtur solvere l. 56. de solutionibus (46,3).

Beide Wirkungen treten durch dieselbe Handlung gleichzeitig ein. Daher heißt es in l. 3. §. 12. de donationibus inter virum et uxorem (24,1):

> Si debitorem suum uxori solvere jusserit — eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret; nam *celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari;* ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori.

Vermöge dieser doppelten durch die Anweisung bewerkstelligten Vermögenszuwendung setzt dieselbe auch eine doppelte materielle causa voraus, eine zwischen A. und B., dem Deleganten und Delegaten, eine zwischen A. und C., dem Deleganten und Delegatar. Da die Römer für diese Verhältnisse keine einfachen Ausdrücke haben, werde ich nach dem Vorgange von Thöl die modernen Bezeichnungen Deckung und Valuta dafür gebrauchen. Deckung ist eigentlich die Gegenleistung des Deleganten A. an B. dafür, daß dieser die angewiesene Leistung an C. übernimmt; ebenso Valuta die Gegenleistung des C. an A., dafür daß dieser ihm die Leistung des B. verschafft. In allgemeinerem Sinne nenne ich Deckungsvertrag jede außerhalb der eigentlichen Anweisung liegende Beredung zwischen Deleganten und Delegaten über die causa der Anweisung, Valutavertrag ebenso jede außerhalb der Anweisung

liegende Beredung zwiſchen Deleganten und Delegatar. Beide Verträge[1]) können nicht nur obligatoriſch, ſondern auch liberatoriſch oder Schenkungen ſein.

Eine Anzahl von Beiſpielen aus den Quellen möge zur Erläuterung des Geſagten dienen.

Der gewöhnlichſte Fall des Deckungsvertrages iſt die Delegation auf Schuld. Der Delegat iſt als Schuldner des Deleganten vorausgeſetzt, und wird gedeckt durch die Befreiung von dieſer Schuld:

l. 64. de solut. (46,3). *Cum jussu meo id quod mihi debes, solvis creditori meo*, et tu a me et ego a creditore meo liberor.

und häufig, beſonders im Titel de solutionibus.

Mannichfacher Art ſind die Fälle der Delegation auf Credit, alſo eines obligatoriſchen Deckungsvertrages. Z. B. der Delegant will Darlehnsſchuldner des Delegaten werden:

l. 5. §. 8. de jure dotium (23,3) — filiusfamilias *mutuatus pecuniam delegavit creditorem, ut daret pro filia dotem.*

es ſoll dem Deleganten von der Delegation eine dos beſtellt werden:

l. 19. de jure dotium (23,3). *Etiamsi alii jussu mariti dos detur* nihilo minus maritus de dote obligatur.

l. 14. pr. de fundo dotali (23,5). *Si nuptura Titio voluntate ejus fundum dotis nomine Maevio tradit*, dos ejus conditionis erit, cujus esset, si ipsi Titio fundum tradidisset.

oder der Delegat geht in Vorſchuß, ſo daß der Delegant mit der actio mandati für die Deckung regreßpflichtig bleibt:

l. 12. §§. 5. 6., l. 45. §. 4. mandati (19,1).

l. 19. §. 3. i. f. de donationibus (39,5).

Endlich kann auch der Delegat dem Deleganten ſchenken, z. B.

l. 5. pr. si quid in fraudem patroni (38,5). Tenetur Faviana actione tam is qui accepit ipse, quam qui *jussit alii dare id quod ipsi donabatur.*

l. 9. pr. de condictione causa data causa non secuta (12,4) — *donaturus mulieri jussu ejus sponso numeravi.*

l. 2. de calumniatoribus (3,6).

l. 15. §. 2. i. f. de contrahenda emtione (18,1).

1) Ich wähle abſichtlich den bezeichnenden Ausdruck Vertrag anſtatt des von Thöl gebrauchten unbeſtimmteren Deckungs- und Valutaverhältniß. Beide haben offenbar Vertragsnatur, nicht im Sinne eines contractus (obligatoriſchen Vertrages), ſondern dem allgemeineren einer conventio. Vergl. v. Savigny Syſtem Bd. III. §§. 140. 141.

Ganz ähnliche Verschiedenheiten bietet der Valutavertrag, auch dieser kann liberatorisch sein: Delegation an einen Gläubiger tilgungshalber.

vergl. oben l. 64. de solut. (46,3),

oder obligatorisch:

l. 15. de rebus creditis (12,1) — *si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi*, quamvis meos nummos non acceperis.

oder Schenkung:

l. 19. §. 3. de donationibus (39,5),

l. 34. §. 7. de solutionibus (46,3) und öfter.

Alle drei Möglichkeiten sind zusammengestellt in folgenden Stellen:

l. 65. §. 4. ad SC. Trebellianum (36,1). Si singulae res ab herede *traditae sint jussu meo ei cui eas vendiderim*, non dubitabimus mihi intelligi factam restitutionem. Idem erit, et si *jussu meo tradantur cui ego ex fideicommisso aliave causa eas praestare debuerim, vel in creditum ire, vel donare voluerim.*

l. 49. de solutionibus (46,3). Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. Sed et *si jussu ejus alii solvatur vel creditori, vel futuro debitori vel etiam ei cui donaturus erat*, absolvi debet.

Die bisherigen Beispiele sind aus dem Gebiete der Zahlungsanweisung entnommen. Ganz analoge Fälle kommen bei der Creditanweisung vor. Ich hebe für den Deckungsvertrag die folgenden hervor:

Delegation auf Schuld: l. 18. de fidejussoribus (46,1), l. 12. h. t. und häufig.

Obligatorische Deckungsverträge:

Darlehn. l. 19. §. 3. de institoria actione (14,3) — quod *servus pro eo qui pecuniam foeneravit, per delegationem alii promisit*, a domino recte petetur, *cui pecuniae creditae contra eum qui delegavit actio quaesita est.*

Dosbestellung: l. 59. pr. de jure dotium (23,3) — promissura viro dotem potest delegante eo alteri promittere.

Vorschuß auf künftige Deckung: c. 5. h. t. Si pater tuus cui te successio se proponis, creditori *pro Alexandro suscepto nomine* certam pecuniam stipulanti spopondit, *licet per improbitatem Alexander ei satis non fecit*, tamen summae promissae nimis improbe solutio negatur.

Endlich Schenkung: l. 21. pr. de donationibus (39,5). Ut mihi donares creditori meo delegante me promisisti.

l. 33. h. t. Si Titius donare mihi volens delegatus a me creditori meo stipulanti spopondit —

Beispiele mannichfacher Valuta-Beredungen auf diesem Gebiete sind folgende:

Darlehn: l. 32. de rebus creditis (12,1) si me — mutuam pecuniam rogaveris, et ego debitorem meum tibi promittere jusserim. —

Innominatcontract do ut facias: l. 27. §. 2. ad SC. Vellejanum (16,1). Uxor debitricem suam viro delegavit, ut vir creditori ejus pecuniam solveret.

Dosbestellung: l. 4. §. 21. de doli exceptione (44,4) — si mulier debitorem suum marito in dotem delegaverit.
l. 56. pr. de jure dotium (23,3). Si is qui Stichum mulieri debet, in dotem delegatus sit —
l. 45. §. 1., l. 78. §. 5. eod., l. 9. §. 1. de condictione causa data causa non secuta (12,4).

Intercession: l. 8. §. 5. ad SC. Vellejanum (16,1) — si mulier intercessura debitorem suum delegaverit.

Schenkung: l. 21. §. 1. de donationibus (39,5) — si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere jussi —
l. 18. §. 1. de mortis causa donationibus (39,6). Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaveris —
l. 33. §. 3. eod.

Einigemal wird der Fall besprochen, daß zwei Schenkungen durch Delegation vollzogen werden:[2])

l. 2. §. 2. de donationibus (39,5). Cum ego Titio pecuniam donaturus te qui mihi tantundem donare volebas, jussero Titio promittere, inter omnes personas donatio perfecta est.
l. 33. §. 3. eod. Si, quum primus tibi donare vellet, et tu donandi secundo voluntatem haberes, primus secundo ex voluntate tua stipulanti promiserit, perficitur donatio.

und mit mehreren anderen Combinationen zusammengestellt in

l. 41. pr. de re judicata (42,1). *Si te donaturum mihi delegavero creditori meo*, an in solidum conveniendus sis? et si sis in solidum conveniendus, an diversum putes, *si non creditori meo, sed ei cui dare volebam, te delegavero?* et quid de eo qui *pro muliere cui donare volebat marito ejus dotem promiserit?*

2) Vergl. auch für die Zahlungsanweisung l. 3. §. 13., l. 4. de donationibus inter virum et uxorem (24,1).

Nach allen dieſen Beiſpielen müſſen wir unzweifelhaft die Delegation als eine allgemeine auf dem ganzen Gebiete des Vermögensverkehrs anwendbare Geſchäftsform anerkennen. Sowohl in der Richtung der Deckung als der Valuta kann jeder juriſtiſch mögliche Zweck der Delegation zu Grunde liegen; ſie iſt ſowohl in der einen wie in der anderen Beziehung von ihrer causa unabhängig. Es iſt alſo insbeſondere eine dem Begriffe der Delegation völlig fremde Beſchränkung, wenn man ihr die Tilgung eines beſtehenden Schuldverhältniſſes als Zweck unterlegt. Der Delegant wird weder als Gläubiger des Delegaten, noch als Schuldner des Delegatars vorausgeſetzt; er kann ſowohl das eine als das andere, auch beides ſein, dies ſind aber eben nur beſondere Fälle, welche gewöhnlicher als andere vorkommen mögen, aber dennoch mit der Delegation an ſich nichts zu thun haben.

Dies gilt ſowohl von der Zahlungs-, als von der Creditanweiſung. In Bezug auf letztere iſt es von beſonderer Wichtigkeit, daran feſtzuhalten, weil wir damit wieder auf die Nothwendigkeit zurückgewieſen werden, ſie als ein eigenes mit der Novationslehre außer Zuſammenhang ſtehendes Inſtitut aufzufaſſen.

Vergleichen wir mit den bisherigen Reſultaten der Unterſuchung noch einmal die bereits erwähnte Legaldefinition der Creditanweiſung:

> Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit. l. 11. pr. h. t.

Der Juriſt ſcheint hier ein Schuldverhältniß zwiſchen dem Deleganten und Delegatar als nothwendige Vorausſetzung zu Grunde zu legen. Er nennt den Delegatar creditor, den Deleganten reus, letzteres wenigſtens implicite, da der Delegat (alius reus) in ſeine Stelle treten ſoll (vice sua). Wäre dieſe Auffaſſung die allein mögliche, ſo müßten wir in den Vorwurf von Thöl einſtimmen, daß die Definition zu eng gefaßt ſei. Indeſſen iſt es wohl zuläſſig, der Stelle noch eine andere Deutung zu geben, wenn man die Schlußworte vel cui jusserit in Betracht zieht. Gewöhnlich bezieht man dieſe auf den complicirteren Fall einer gleichzeitig ausgeführten doppelten Delegation, von dem Deleganten dem creditor, von dieſem einem Dritten, ſo daß ergänzt wird cui *creditor* jusserit,[3]) nämlich *reum dari*. Eine viel näher liegende Beziehung gewinnen die Worte aber, wenn man ergänzt cui *(non creditori) delegans* jusserit *promitti*. Jubere promitti war, wie wir geſehen haben, eine den Römern ſehr geläufige Umſchreibung der Delegation, und an dem verdeutlichenden Worte promitti konnte Ulpian gerade hier Anſtoß nehmen, weil er, wie der Fortgang der Stelle zeigt, nicht an die Stipulation allein, für welche der Aus-

3) Dies iſt ſogar die Lesart einiger Handſchriften, wahrſcheinlich aber doch nur vermöge eines in den Text übergegangenen Gloſſems.

druck promittere technisch ist, sondern auch an die Litiscontestation und vielleicht Expensilation als Vollzugsform dachte. Nach dieser Interpretation[4]) enthält der Zusatz vel cui jusserit gerade die vermißte Ergänzung der Definition für diejenigen Fälle, in welchen der Delegatar nicht Gläubiger des Deleganten ist; vice sua alium reum dare ist für diese Fälle nicht auflösend, sondern präventiv zu verstehen — es kommt keine eigene Obligation des Deleganten zu Stande. Der Delegant giebt fremden Credit anstatt seines eigenen, ebenso wie bei der Zahlungsanweisung fremdes Geld anstatt seines eigenen; der Zweck, zu welchem dies geschieht, kommt dabei gar nicht in Betracht. In diesem Zusammenhange drücken die Worte vice sua alium reum dare den charakteristischen Gedanken der Delegation, wie wir ihn bisher ermittelt haben, sehr gut aus.

§. 9. Das Verhältniß zwischen Delegant und Delegat (jussus). Gegensatz von jussus und Mandat. Die actio quod jussu.

Wir haben die Delegation bisher überwiegend in der Richtung auf ihren Zweck und Erfolg in Betracht gezogen, um die wesentlichen Elemente des Instituts von den außer ihm liegenden zufälligen Beziehungen zu sondern. Wir haben gesehen, daß Deckung und Valuta zur Charakteristik des Delegationsbegriffes nicht benutzt werden dürfen, daß von der zu Grunde liegenden Absicht der Contrahenten in Bezug auf beide Verhältnisse ganz abstrahirt werden muß. Es kommt nun darauf an, das allen Fällen der Delegation, wie wir sie in der größten Mannichfaltigkeit kennen gelernt haben, Gemeinsame festzustellen, die eigentlich charakteristischen Elemente des Instituts ihrer inneren Natur, ihren Bedingungen und Voraussetzungen nach näher zu untersuchen.

Die herrschende Lehre faßt die Delegation in dem allgemeinen Sinne, in welchem ich jetzt davon spreche, als ein doppeltes Mandat auf, ein Mandat des Deleganten an den Delegaten, eins des Deleganten an den Delegatar. Danach ist die Zahlungsanweisung ein mandatum dandi et accipiendi; die Creditanweisung ein mandatum promittendi et stipulandi. Diese Vorstellung von der Sache ist uralt, und alle Verschiedenheiten in der bisherigen Behandlung drehen sich eigentlich nur darum, daß bald das eine, bald das andere der beiden vorausgesetzten Mandate als das hauptsächlichste in den Vordergrund gestellt wird. In unseren Compendien ist allerdings in dem Abschnitte vom Mandat

4) Sie findet sich mehrfach schon bei älteren Juristen z. B. *Paulus de Castro* ad h. l. num. 1., dann besonders bei *Duarenus* comm. ad dig. h. t. cap. 5., dem auch Cujaz gefolgt zu sein scheint; ebenso später *Perez* prael. ad cod. h. t. num. 9. und Hofacker elementa juris civilis §. 631. Note 6.

nur der Zahlungsanweisung eine Stelle gegönnt, welche unter dem modernen Namen der Assignation in diesem Zusammenhange anhangsweise abgehandelt zu werden pflegt. Die Creditanweisung, Delegation im engeren Sinne, hat ihre althergebrachte Stelle bei der Novationslehre behalten. Indessen haben gerade diejenigen Schriftsteller, bei welchen ich schon in der Einleitung eine selbstständigere Auffassung derselben nachgewiesen habe, also namentlich Meyerfeld und Thöl, den Gesichtspunkt des Mandats auch für die Creditanweisung auf das Entschiedenste adoptirt. Ich darf also keinen Widerspruch erwarten, wenn ich ihn für das Delegationsgeschäft in seinem ganzen Umfange als den allgemein angenommenen bezeichne.

Gleichwohl kann ich nicht umhin, diese Auffassung für einen fundamentalen Irrthum zu erklären, der für die bisher so unbefriedigende Entwickelung der ganzen Lehre die Hauptveranlassung geworden ist. Weder das Verhältniß zwischen dem Deleganten und dem Delegaten, noch das zwischen dem Deleganten und Delegatar darf im römischen Sinne als ein mandatum betrachtet werden. Die Delegation als solche hat mit dem Mandat gar nichts zu thun.

Diese Behauptungen werden jedem an die herrschenden Vorstellungen gewöhnten Leser paradox erscheinen. Vielleicht wird sich aber dieser Schein vermindern, wenn sich im Laufe der Untersuchung zeigt, daß in vielen Punkten die geltende Theorie ihre eigenen Consequenzen verleugnet, in anderen sie wenigstens auf Umwegen unschädlich zu machen gesucht hat. Eine eingehende Prüfung der römischen Rechtsquellen ist aber gerade in dieser Materie doppelt ergiebig, weil sie auch für eine Reihe der bestrittensten Fragen des heutigen Rechts neue Gesichtspunkte der Entscheidung zu liefern im Stande ist.

Ich kehre also zu der Frage zurück: Was ist das eigentliche Wesen des Delegationsgeschäfts, wenn wir von allen möglichen Verschiedenheiten der zu Grunde liegenden Deckungs- und Valutaverträge absehen?

Wir müssen das Verhältniß des Deleganten zum Delegaten und das zum Delegatar sondern. Ich beginne mit dem ersteren.

Schon bei der Erörterung des Sprachgebrauchs der römischen Juristen habe ich darauf aufmerksam gemacht, daß sie für dieses Verhältniß den Ausdruck *jubere* solvere, promittere u. s. w. technisch gebrauchen; daß dagegen der Ausdruck *mandare* bei der Zahlungsanweisung nur ausnahmsweise, bei der Creditanweisung gar nicht in dieser Verbindung vorkommt. Im Anschluß an diesen Sprachgebrauch will ich daher zunächst im Gegensatz zu der herrschenden Lehre die Charakteristik dahin formuliren: Das Rechtsgeschäft zwischen dem Deleganten und dem Delegaten ist kein *mandatum*, sondern ein *jussus*.

Um den ſachlichen Unterſchied zwiſchen beiden Begriffen klar zu machen, iſt es nöthig, die Unterſuchung nicht auf das Gebiet der Delegation allein zu beſchränken, ſondern den Gegenſatz auch auf anderen Gebieten zu verfolgen.

Jubere und jussus wird in den Quellen zunächſt von jeder einſeitigen dispoſitiven Verordnung gebraucht, namentlich von obrigkeitlichen Anordnungen: lex, populus, senatus, princeps, praetor, judex *jubet*. Auch zur Bezeichnung letztwilliger Dispoſitionen dient der Ausdruck häufig, ſowohl für Erbeseinſetzungen, als Legate, namentlich auch für Manumiſſionen durch Teſtament. Dieſer Sprachgebrauch[1]) erklärt die Vorſtellung, die man ſich gewöhnlich von jussus als einer Dispoſition in befehlender Form macht, wie man denn auch jubere mit »Befehlen« — gewiß nicht in ganz entſprechender Weiſe — zu überſetzen pflegt.

Es giebt außer der Delegation noch einen Hauptfall, in welchem der Ausdruck jussus techniſch in anderem Sinne gebraucht wird, nämlich für die Willenserklärung eines dominus oder parens, mit welcher derſelbe ſich mit ſeinem Vermögen für Handlungen der ſeiner Gewalt unterworfenen Perſonen verpflichtet. Dabei können Handlungen verſchiedener Art in Betracht kommen; die wichtigſten ſind der Antritt einer dem Sklaven oder filiusfamilias deferirten Erbſchaft, ſofern damit die Haftung für die Erbſchaftsſchulden übernommen wird, und der Abſchluß eines Creditgeſchäfts ſeitens des subjectus. Im letzteren Falle haftet der jubens bekanntlich mit einer eigenen prätoriſchen Klage, welche ſchon im Edicte den techniſchen Namen actio quod jussu führte. Die Erforderniſſe eines jussus in dieſer Anwendung werden von den römiſchen Juriſten mehrfach genau erörtert, und dabei beſtimmt hervorgehoben, daß es nicht auf die Ausdrucksweiſe des jubens ankommt, ſondern nur auf ſeine in noch ſo maßgebender Form kundgegebene Abſicht, die aus dem jussus entſpringenden Verpflichtungen zu übernehmen.

l. 25. §. 4. sqq. de acquirenda et omittenda hereditate (29,2).

l. 1. §. 1. sqq. quod jussu (15,4).[2])

Dieſe Fälle haben nun wiederum zu dem Mißverſtändniſſe Anlaß gegeben, als ob die Eigenthümlichkeit des jussus im Gegenſatz zum mandatum darin beſtehe, daß die Erklärung an eine der Gewalt des jubens unterworfene Perſon gerichtet wird.[3]) Dies iſt für die actio

1) Vergl. Dirkſen manuale latinitatis s. v. jubere §. 1. Glück Commentar Bd. XIV. S. 423 folg. v. Savigny Obligationenrecht II. S. 30.

2) In beiden Stellen wird zur Erläuterung der nicht imperativen Form der Willenserklärung auch der Ausdruck mandare — im nicht techniſchen Sinne — gebraucht, z. B. l. 1. §. 3. quod jussu (15,4). Sed et si mandaverit, videtur jussisse.

3) Dirkſen l. c. §. 2. v. Vangerow Pandekten I. §. 240.

quod jussu geradezu unrichtig, denn hier wird der jussus zum Mindesten in der Regel nicht an den Sklaven oder filiusfamilias, sondern an die dritte Person gerichtet, welche mit ihm contrahiren will.[4])

quod voles, cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo. l. 1. §. 1. quod jussu (15,4).

Die Bedeutung des jussus ist vielmehr hier ganz dieselbe, wie bei der Delegation, und der Gegensatz zum mandatum ist in seiner ursprünglichen Gestalt folgender.

Jussus und mandatum haben ihr practisches Ziel vollständig mit einander gemein. Beides sind Anweisungen zur Vornahme von Geschäften, vermöge deren dieselben für Rechnung des Anweisenden gelten sollen, d. h. so daß sein Vermögen von den Folgen derselben ebenso betroffen wird, als wenn er es selbst geschlossen hätte. Das Geschäft soll zwar von dem Angewiesenen ausgeführt werden, seinem Endresultat nach aber für ihn ein fremdes bleiben; Vortheil und Nachtheil, Erwerb und Verlust soll vielmehr auf den Geschäftsherrn zurückgehen. Vermittelst des Mandats wurde dieses Resultat ursprünglich nur indirect erreicht. Der Mandatar konnte unmittelbar weder dem Mandanten erwerben, noch ihn verpflichten. Rechte und Pflichten aus dem Geschäfte, welches er vermöge des Mandats ausführte, blieben zunächst seine eigenen. Dagegen erzeugte das Mandat ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Mandanten und Mandatar, und zwar in doppelter Richtung. Der Mandatar war verpflichtet, die erworbenen Vortheile dem Mandanten abzutreten (actio mandati directa); der Mandant war verpflichtet, die nachtheiligen Folgen des Geschäfts dem Mandatar zu vergüten (actio mandati contraria). Das Mandat war also ein zweiseitiger obligatorischer Contract, welcher zum Zweck hatte, Erwerb und Verlust aus dem mandirten Geschäfte auf das Vermögen des Mandanten mittelbar zu übertragen. Nun giebt es aber schon im älteren Recht Fälle, in welchen dasselbe Endresultat unmittelbar erreicht werden kann. Der Anweisende konnte unter Umständen durch die Handlungen des Angewiesenen unmittelbar erwerben, unter Umständen unmittelbar verpflichtet werden. Hier interessiren uns nur die Fälle der letzteren Art, in diesen nämlich heißt die Anweisung jussus. Der *jussus* ist also eine Anweisung, vermöge deren die Verpflichtungen aus dem in Folge der Anweisung vorgenommenen Geschäft den *jubens* unmittelbar treffen, ohne Dazwischenkunft eines obligatorischen Contracts zwischen ihm und dem Angewiesenen. Der jussus erzeugt demnach zwischen

4) Vergl. hierüber Thibaut Archiv für civil. Praxis XII. S. 183 folg. Kritz Pandektenrecht I. S. 465 folg. Schmid Archiv für civil. Praxis XXIX. S. 111 folg.

demjenigen, der ihn ertheilt, und demjenigen, der ihn empfängt, kein obligatorisches Verhältniß. Er ist kein obligatorischer Vertrag, nicht einmal ein Vertrag überhaupt, sondern eine einseitige Willenserklärung. Die Fälle des jussus charakterisiren sich demzufolge zugleich durch das Fehlen der actio mandati, und zwar immer der actio mandati contraria, weil es sich, wie ich wiederhole, dabei nur um die Unmittelbarkeit der verpflichtenden Wirkung aus dem in Folge des jussus ausgeführten Geschäfte handelt.

Der Gegensatz beider Begriffe ist bisher nur auf einem beschränkten Gebiete in Betracht gezogen worden, nämlich da, wo der Gegenstand ein wirkliches materielles Rechtsgeschäft, ein negotium ist. Der Fall der Delegation, in welchem die Anweisung auf eine bloße abstracte Leistung, auf eine res im Sinne der Römer geht, ist dagegen unbeachtet geblieben. Jenes Gebiet ist in der Lehre von der Stellvertretung bei Verträgen von verschiedenen Seiten gründlich untersucht und ausführlich dargestellt worden. Den Entwickelungsgang, den das römische Recht dabei genommen hat, kann ich als bekannt voraussetzen. Ursprünglich wär hier die Vermittelung durch den Mandatsvertrag, mit Ausschluß jeder directen Beziehung des Mandanten zu dem dritten Contrahenten, die Regel. Eine Ausnahme bildete der Fall der actio quod jussu; und die Veranlassung zu dieser Ausnahme gab nicht das Subjectionsverhältniß, zu welchem der jussus an sich in gar keiner Beziehung steht, sondern die zwischen dem Herrn und Sklaven, zwischen Vater und Hausfohn rechtlich bestehende Vermögenseinheit. Weil der Sklave und der filiusfamilias niemals für sich erwerben konnten, sondern nur für den Herrn oder parens, so wurde es nöthig, für diese Verhältnisse als Correlat zu dem unmittelbaren Erwerb eine unmittelbare Verpflichtung zu schaffen. Dies geschah eben durch die actio quod jussu. Die spätere Rechtsentwickelung hat bekanntlich noch andere Klagen mit ähnlicher Wirkung hervorgerufen, und zuletzt die Ausnahme zur Regel umgestaltet. Mit der actio exercitoria und institoria und mit der Ausdehnung der letzteren auf analoge Fälle ist es wenigstens für die contractus bonae fidei allgemeines Princip geworden, daß der Mandant durch die Handlungen des Mandatars auch dem dritten Contrahenten gegenüber unmittelbar verpflichtet wurde. Damit ist auf diesem Gebiete die erste und Haupteigenthümlichkeit des jussus gegenüber dem Mandat verschwunden.

Die zweite, negative Eigenschaft des jussus, das Fehlen der actio mandati contraria, ist gerade bei der actio quod jussu ebenfalls in den Hintergrund getreten, und zwar in Folge einer eigenthümlichen Fortentwickelung des späteren Rechts in anderer Richtung. In der Periode der classischen Jurisprudenz gelangte nämlich ein besonderer Fall des

mandatum tua gratia zur Anerkennung als ein klagbarer obligatorischer Contract, das von den Neueren sogenannte mandatum qualificatum.

> Adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, [5]) an mandati teneatur, qui mandavit tibi ut pecuniam Titio foenerares. Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset. §. 6. i. f. inst. de mandato (3,27).

Dieser in den Quellen mehrfach ausgezeichnete Fall des Mandats ist nun seinen sachlichen Voraussetzungen nach vollkommen übereinstimmend mit dem Falle der actio quod jussu, wenn man bei der letzteren von dem speciellen Verhältniß der Personen absieht. Das Mandat dient hier wie dort der jussus dazu, Jemandem bei einem Dritten Credit zu machen. Im späteren Rechte ist denn auch zwischen beiden Klagen anscheinend die Wahl gestattet worden.

c. 8. mandati (4,35).

Nur ihre verschiedene Entwickelungsgeschichte macht es erklärlich, daß neben dem allgemeineren Institute das speciellere bestehen blieb. Indessen besteht ihre Verwandtschaft nur in dem practischen Resultat; beide beruhen gleichwohl auf einer ganz verschiedenen Grundanschauung, in welcher der principielle Gegensatz zwischen mandatum und jussus, wie ich ihn vorhin bestimmt habe, noch völlig erkennbar ist. Bei dem qualificirten Mandat ist der Vertrag zwischen dem mandator und dem Creditgeber das eigentliche Fundament der Obligation. Es wird durch denselben eine eigenthümliche Regreßverbindlichkeit zum Zwecke der Intercession geschaffen. Hauptfundament der actio quod jussu ist dagegen nicht der jussus, sondern das auf denselben folgende Creditgeschäft zwischen dem Sklaven oder filiusfamilias und dem Dritten. Die actio quod jussu ist wie die übrigen actiones adjectitiae qualitatis ihrem Wesen nach identisch mit der Hauptklage. Von dieser entnahm sie in jedem einzelnen Falle den Namen l. 3. §§. 8—11., l. 38. pr. de peculio (15,1), l. 7. §. 4. de in rem verso (15,3). Der jussus bestimmte ebenso wie das peculium und die in rem versio nur den Umfang, in welchem der dominus oder parens aus der Handlung des eigentlich Verpflichteten verurtheilt werden konnte.

5) Bei Gajus, aus dem die Stelle entnommen ist (III. §. 156.), steht quaeratur — ein Zeichen, daß die Controverse noch zu seiner Zeit bestand. Uebrigens verdiente die Entwickelungsgeschichte des Mandats wohl eine genauere Untersuchung, als ihr bisher zu Theil geworden ist. Mehrere Specialklagen des älteren Rechts, welche später durch die actio mandati verdrängt worden sind, die actio depensi ex lege Publilia (Gaj. III. §. 127.) und die actio legis Aquiliae ex capite secundo (Gaj. III. §§. 215. 216.) deuten auch sonst auf eine frühere eingeschränktere Anwendung des Begriffs.

§. 4. inst. quod cum eo (4,7). Licet una est actio, qua de peculio deque eo quod in rem domini versum sit agitur, tamen duas habet condemnationes.

Die Identität aller dieser Klagen fand auch in der Klagformel Ausdruck, und hatte zur Folge, daß mit Anstellung der einen die andere consumirt wurde.[6])

§. 10. Der jussus bei der Delegation. Besondere Fälle in denen ein wirkliches Mandat concurrirt.

Ich kehre nunmehr zu dem eigentlichen Gegenstand unserer Untersuchung zurück. Der jussus bei der Delegation unterscheidet sich, wie bereits bemerkt, von den übrigen Fällen desselben durch seinen Gegenstand. Er geht hier nicht auf den Abschluß eines materiellen Vertrages, sondern auf eine bloße Leistung, nicht auf ein negotium, sondern auf eine res. Am klarsten ist dieser Gegensatz bei der Zahlungsanweisung:

l. 5. pr. quod jussu (15,4). Si dominus vel pater pecuniam mutuam accepturus *jusserit* servo filiove *numerari*, nulla quaestio est, quin ipsi condici possit. Immo hoc casu de jussu actio non competit.

Hier ist das Darlehn mit dem Herrn abgeschlossen, nur die Zahlung der Valuta geschieht jussu domini an den Sklaven. Der Jurist entscheidet ausdrücklich, daß nicht die actio quod jussu, sondern nur die Klage aus dem Darlehnsgeschäft selbst zulässig ist. Wäre der jussus auf Abschluß des Darlehns mit dem Sklaven gerichtet gewesen, so hätte gerade der gewöhnlichste Fall der actio quod jussu vorgelegen.

Bei der Creditanweisung geht der jussus allerdings auch auf Abschluß eines Contracts, in dem gewöhnlichsten Fall der delegatio per stipulationem auf einen Verbalcontract. Aber auch hier hat die promissio des Delegaten die Natur einer res, einer Leistung. Sie ist zwar ein Contract, aber nur nach ihrer formalen Seite. Sie ist ein abstractes Versprechen ohne causa — die causa liegt eben in dem Verhältnisse zum Deleganten — aber sie ist kein negotium, kein materielles Rechtsgeschäft. Nur ein solches aber kann die actio quod jussu erzeugen. Das genauere Verständniß dieser Bemerkungen kann erst im Zusammenhange mit den eigenthümlichen Eigenschaften der Creditanweisung gegeben werden, welche wir später zu betrachten haben werden.

Bei der Delegation nun sind die charakteristischen Eigenthümlichkeiten des jussus im Gegensatz zum mandatum auch im neueren Recht völlig unverändert geblieben. Hier ist der Begriff zugleich bei weitem weniger

6) Keller Litiscontestation S. 420 folg., S. 433.

Mißverständnissen ausgesetzt; die Vorstellungen eines Befehls oder einer aus der potestas hervorgehenden Erklärung sind hier von vorn herein ausgeschlossen. Das Folgende wird daher für die Begriffsbestimmung, die ich vorhin von dem jussus im Allgemeinen gegeben habe, ganz besonders als Bestätigung und Ergänzung dienen können.

Die Anwendung des Gesagten auf die Delegation ergiebt für diese die nachstehenden beiden Hauptsätze:

1. Die Leistung des Delegaten wirkt auf das Vermögen des Deleganten in Folge seines jussus unmittelbar zurück. Es wird so angesehen, als wäre dem Deleganten selbst geleistet.
2. Zwischen dem Deleganten und Delegaten entsteht keine actio mandati.

Bevor ich auf die Erörterung dieser beiden Sätze im Einzelnen eingehe, muß ich indessen bemerklich machen, daß es gewisse Fälle der Delegation giebt, in welchen dieselbe allerdings mit einem wirklichen Mandat in Zusammenhang steht, in welchen die aufgestellten Thesen also auch eine entsprechende Modification erleiden. Diese Ausnahmsfälle haben ihren Grund nicht in der Delegation selbst, sondern in der ihr im einzelnen Falle gegebenen besonderen Bestimmung. Sie beruhen auf dem eigenthümlichen Inhalt entweder des Deckungs- oder des Valutavertrages. Ich will diese Fälle hier anticipiren, weil sich an den in den Quellen vorkommenden Beispielen derselben der begriffliche und sprachgebräuchliche Unterschied zwischen jussus und mandatum am klarsten nachweisen läßt.

Zunächst also kann der Delegation ein Mandat als Deckungsvertrag zu Grunde liegen.

Nur uneigentlich gehört hierher der Fall, wo der Mandatar nur Ueberbringer fremden Geldes, also nur Organ für eine directe Leistung des Mandanten an den Empfänger ist. Dieser Fall fällt gar nicht unter den Begriff der Delegation, denn es fehlt hier ganz an einer Leistung des Delegaten an den Delegatar. Auch der Bote ist seinem Absender gegenüber wirklich Mandatar, und haftet für die richtige und sorgfältige Ausrichtung der Botschaft mit der actio mandati. Aber er ist niemals Delegat, weil sein Vermögen gar nicht vermindert wird. Er ist es selbst dann nicht, wenn der Dritte über die Natur seines Verhältnisses zu dem dominus negotii in Unkenntniß ist. Denn was der Dritte in einem solchen Fall als Leistung im Namen oder für Rechnung des Mandanten annimmt, gilt immer als von diesem direct geleistet. Ich erwähne dieses Falles nur um deswillen, weil er der Delegation sehr ähnlich sieht, und bei unvollständiger Darstellung des Sachverhältnisses zuweilen von derselben nicht zu unterscheiden ist. Wenn z. B. in l. 56. de solutionibus (46,3) gesagt wird

Qui mandat solvi, ipse videtur solvere,

so kann damit ebenso gut gemeint sein, daß der Mandatar mit eignem, wie daß er mit des Mandanten Gelde bezahlen soll. Unter Umständen nähert sich dieser Fall der wirklichen Delegation noch mehr, nämlich dann, wenn der Mandatar zwar Geld des Mandanten erhält, sein Auftrag aber nicht auf Zahlung derselben Stücke, sondern nur einer gleichen Summe geht,

z. B. l. 22. §. 7. mandati (17,1),

oder gar wenn ihm zwischen Zahlung und Expromission die Wahl gelassen ist.

l. 22. ad SC. Vellejanum (16,1).

Dann erinnert der Fall an die moderne Anweisung »auf Baarfonds«, bei welcher aber doch in der Regel ein complicirteres Rechtsverhältniß, als ein reines Mandat zu Grunde liegen wird.

Unzweifelhaft aber gehört unter die eigentliche Delegation der Fall, wo der Delegat mit der angewiesenen Leistung in Vorschuß gehen, und die gemachte Verwendung von dem Deleganten erstattet erhalten soll — modern ausgedrückt die ungedeckte Anweisung (à découvert, bill of accomodation). Auch hier ist das Verhältniß zwischen Deleganten und Delegaten ein wirkliches Mandat, und die Klage, mit welcher der Delegat sich an dem Deleganten erholt — die Revalirungsklage — ist in diesem Falle eine wirkliche actio mandati contraria.

Die der Delegation in abstracto und dem Deckungsvertrage in concreto angehörigen Elemente fallen hier so zusammen, daß in der That dieselbe Handlung, welche dem Dritten gegenüber nur als jussus erscheint, vermöge der zu Grunde liegenden Beredung zwischen dem Deleganten und Delegaten zugleich alle Eigenschaften des Mandats hat. In diesem Falle der Delegation wird also für die Anweisung des Deleganten an den Delegaten mit vollem Recht die Bezeichnung mandare gebraucht, z. B.

l. 3. §. 6. de peculio (15,1) — si servus *mandaverit*, ut creditori meo solveretur, referre ait, quam causam mandandi habuerit, si pro creditori suo solvi mandarit, *esse obligatum dominum de peculio;* quodsi intercessoris officio functus sit, non obligari dominum de peculio.

l. 12. §. 5. mandati (17,1). Si filiofamilias *mandavi*, ut pro me solveret, patrem sive ipse solverit, sive filius ex peculio, *mandati acturum* Neratius ait. —

l. 45. §. 4. eod. — Si *mandavero* tibi, ut creditori meo solvas, tuque expromiseris, et ex ea causa damnatus sis, humanius est, et in hoc casu *mandati actionem* tibi competere.

l. 19. §. 3. i. f. de donationibus (39,5). Si *mandavero* tibi,

ut pecuniam Titio des, cui donare volebam, et tu ignorans me mortuum hoc feceris, habebis adversus heredes meos *mandati actionem*, si sciens non habebis.

Auf der anderen Seite kann einer Delegation auch ein Mandat als Valutavertrag zu Grunde liegen, wenn nämlich der Delegatar die Leistung, die er vom Delegaten empfängt, nicht für sich behalten, sondern vermöge Beredung mit dem Deleganten diesem zurückgeben soll — modern ausgedrückt Anweisung zum Incasso. Hier hat der Delegant gegen den Delegatar die actio mandati directa. Das Mandat fällt aber nun nicht mit dem jussus zusammen; jenes findet zwischen dem Deleganten und Delegatar, dieser zwischen dem Deleganten und Delegaten statt. Wenn man also beide Richtungen in der Thätigkeit des Deleganten genau auseinanderhält, so darf dieselbe nur nach der einen Seite ein Mandat genannt werden. Diese genaue Unterscheidung wird aber in den Quellen durchaus nicht immer festgehalten; vielmehr kommt es häufig vor, daß auch in diesem Falle die Bezeichnung mandatum auf die Delegation ganz im Allgemeinen übertragen wird. Z. B.:

l. 57. §. 1. de condictione indebiti (12,6). Creditor ut procuratori suo debitum redderetur *mandavit;* majore pecunia soluta procurator indebiti causa convenietur. Quodsi nominatim, ut major pecunia solveretur *delegavit,* indebiti cum eo qui delegavit erit actio.

l. 12. §. 2. de solutionibus (46,3) — si quis *mandaverit* ut Titio solvam, deinde vetuerit eum accipere, si ignorans prohibitum eum accipere solvam, liberabor; sed si sciero, non liberabor.

l. 34. §. 3. eod. Si Titium omnibus negotiis meis praeposuero, deinde vetuero eum, ignorantibus debitoribus, administrare negotia mea, debitores ei solvendo liberabuntur; nam is qui omnibus negotiis suis aliquem praeponit, intelligitur etiam debitoribus *mandare,* ut procuratori solvant.

ebenso l. 18. i. f., l. 89. §. 1. i. f. eod., c. 12. eod. (8,43).

Correcter ist die Ausdrucksweise in

l. 38. §. 1. eod. Si debitorem meum *jusserim* Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere, et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur.

Beide Ausdrücke finden sich nach einander in

l. 108. i. f. eod. — Ei, cui *jussi* debitorem meum post mortem meam solvere, non recte solvitur, quia *mandatum* morte dissolvitur.

Besonders scharf ist dagegen die Besonderheit des Mandats in einem solchen Falle hervorgehoben in

l. 12. si quid in fraudem patroni (38,5). Libertus, quum fraudandi patroni causa fundum Sejo tradere vellet, *Sejus Titio mandavit*, ut eum accipiat, *ita ut inter Sejum et Titium mandatum contrahatur.*

Alle bisher betrachteten Stellen liefern den Beweis, daß, wo für die Bezeichnung des Delegationsgeschäfts das Wort mandare von den Römern gebraucht wird, dieser Sprachgebrauch jedesmal auf besonderen Eigenthümlichkeiten des einzelnen Falles beruht, welche nicht in der Delegation an sich, sondern in den Deckungs- oder Valutaberedungen außerhalb derselben ihren Sitz haben. Wo solche Eigenthümlichkeiten nicht vorliegen, wird die Delegation niemals ein Mandat genannt. Ich glaube dies fast absolut als Regel aussprechen zu können, wenigstens habe ich gegenüber den unzähligen Fällen des Sprachgebrauchs mit jussus nur eine einzige Ausnahme auffinden können, nämlich:

l. 77. §. 6. de legatis II. (31,1). Maevio debitori suo reus stipulandi *mandavit*, ut Titio cui mortis causa donabat pecuniam debitam solveret.

Hier ist der Deckungsvertrag liberatorisch, es ist auf Schuld delegirt; der Valutavertrag ist Schenkung von Todeswegen. In keiner Beziehung ist von einem Mandat die Rede; der Ausdruck mandavit ist also in dieser Stelle gegenüber dem sonstigen Sprachgebrauch eine entschiedene Ungenauigkeit. Eine solche darf in einem Falle, wo es auf die Folgen des Unterschiedes nicht ankommt, um so weniger überraschen, als jussus und mandatum außer ihrer übereinstimmenden äußeren Erscheinung und ihrem praktischen Endziel auch mehrere charakteristische Eigenthümlichkeiten — Erlöschen durch Widerruf und Tod — mit einander gemein haben. Gerade von diesen ist in der mitgetheilten Stelle die Rede.

Die Beispiele von Mandat als Deckungs- oder Valutavertrag, die ich angeführt habe, sind sämmtlich von der Zahlungsanweisung entnommen. Daß sich für die Creditanweisung dergleichen Fälle in den Quellen nicht erwähnt finden, ist an sich rein zufällig. Nur ein Beispiel für eine ungedeckte Creditanweisung liefert

c. 5. h. t. Si pater tuus, cui te successisse proponis, creditori pro Alexandro suscepto nomine certam pecuniam stipulanti spopondit, licet per improbitatem Alexander ei satis non fecit, tamen summae promissae nimis improbe solutio negatur.

Hier kann der Vater der Septimia, an welche das Rescript gerichtet ist, als wirklicher Promissionsmandatar des Alexander aufgefaßt werden;

ſo daß der Delegation das Mandat als Deckungsvertrag zu Grunde liegt, und die Erbin ſich an dem Deleganten mit der actio mandati contraria erholen müßte.

Es bleibt ſchließlich in dieſem Zuſammenhange noch ein Fall zu erwähnen, der allerdings auch eine Combination von Mandat und wahrer Delegation enthält, in welchem aber beide nur ganz äußerlich mit einander in Verbindung treten; nämlich der Fall einer Creditanweiſung, wo der Delegant gleichzeitig für den Delegaten in der Form eines Mandats intercedirt. Dieſer Fall wird in den Quellen mehrfach erwähnt, z. B.

§. 2. inst. de mandato (3,27). Tua et mandantis gratia intervenit mandatum, veluti *si mandet tibi, ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat.*

Ebenſo l. 22. §. 2., l. 45. §. 7. mandati (17,1).

Inhalt des Mandats iſt hier nicht stipulare, ſondern stipulare periculo meo; es liegt kein einfaches, ſondern ein qualificirtes Mandat vor. Und dies iſt ein von der Delegation an ſich ganz getrennt zu denkendes Rechtsgeſchäft. Ich würde dies kaum der Erwähnung nöthig finden, wenn nicht ſelbſt Thöl ſich hätte verleiten laſſen, die angeführten Stellen zum Beweiſe der Mandatsnatur der Delegation in Bezug zu nehmen.

§. 11. Unmittelbare Rückwirkung der Leiſtung des Delegaten auf das Vermögen des Deleganten. Condictionsnatur der Revalirungsklage.

Ich habe oben aus dem Begriff des jussus zwei Eigenſchaften der Delegation abgeleitet, welche jetzt noch näher zu betrachten ſind:

1. Die Leiſtung des Delegaten an den Delegatar wirkt auf das Vermögen des Deleganten unmittelbar zurück. Es wird ſo angeſehen, als wäre dem Deleganten ſelbſt geleiſtet.

Den charakteriſtiſchſten Ausdruck dieſes Satzes habe ich bereits mehrfach citirt.

l. 180. de regulis juris (50,17). Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset.

Dieſe Stelle enthält indeſſen den eben ausgeſprochenen Grundſatz nicht in ſeiner ganzen Allgemeinheit. Sie bezieht ſich nur auf den Fall, wo die Leiſtung des Delegaten dem Deleganten gegenüber solvendi causa geſchieht. Die Wirkungen der solutio, Befreiung des Schuldners, treten, wenn er auf Delegation an einen Anderen gezahlt hat, ganz ebenſo ein, als wenn er direct gezahlt hätte. Z. B. auch:

l. 49. de solutionibus (46,3). Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. Sed et si jussu ejus alii solvatur vel creditori, vel futuro debitori, vel etiam ei cui donaturus erat, *absolvi debet.*

l. 64. eod. Cum jussu meo id quod mihi debes, solvis creditori meo, et *tu a me*, et ego a creditore meo *liberor.*

Auch die Creditanweisung wird in dieser Richtung der solutio verglichen:

l. 37. §. 4. de operis libertorum (38,1). Sed si creditori suo libertum patronus delegaverit, non potest idem dici; *solutionis enim vicem continet haec delegatio.*

Dieselbe unmittelbare Rückwirkung auf das Vermögen des Delegaten tritt aber auch dann ein, wenn die Leistung nicht solvendi causa, sondern zu einem anderen Zwecke geschieht.

l. 61. de evictionibus (21,2). Si quod a te emi, et Titio vendidi voluntate mea Titio tradideris, *de evictione te mihi teneri, sicuti si acceptam rem tradidissem*, placet.

l. 65. §. 4. ad SC. Trebellianum (36,1). Si singulae res ab herede traditae sint jussu meo ei cui eas vendiderim, *non dubitabimus mihi intelligi factam restitutionem.*

l. 19. de jure dotium (23,3). Etiamsi alii jussu mariti dos detur, *nihilominus maritus de dote obligatur.*

l. 14. pr. de fundo dotali (23,5). Si nuptura Titio voluntate ejus fundum dotis nomine Maevio tradit, *dos ejus conditionis erit, cujus esset si ipsi Titio fundum tradidisset.*

l. 59. pr. de jure dotium (23,3). Si mulier ita dotem promiserit: decem tibi aut Titio doti erunt, hoc casu dici potest, vel Titio dari posse, sed *de dote virum teneri, quemadmodum si Titio jussisset dari.* Nec mirum quum *etiam promissura* viro dotem *possit delegante eo alteri promittere. His enim casibus viro dos quaeritur.*

In der letzten Stelle ist von der Creditanweisung wiederum ebenso wie von der Zahlungsanweisung die Rede. Fernere Beispiele sind:

l. 5. pr. si quid in fraudem patroni (38,5). *Tenetur Faviana actione* tam is qui accepit ipse, quam qui jussit alii dare id quod ipsi donabatur.

l. 2. de calumniatoribus (3,6). — *Nec refert* ipse pecuniam acceperit, an alii dare jusserit, vel acceptum suo nomine ratum habuerit.

l. 15. §. 1. de statuliberis (40,7) — *heredi videtur solvere,* qui voluntate ejus alii solvit.

Wenn in der Person des jubens ein Hinderniß besteht, wegen dessen die vollständige Rückwirkung nicht eintreten kann, z. B. Wahnsinn, Minderjährigkeit, so gelten wieder dieselben Grundsätze wie bei der directen Zahlung. l. 16. de doli exceptione (44,4), l. 15. 66. de solutionibus (46,3).

Ich wende mich jetzt zu der zweiten der oben aufgestellten Thesen:

Aus dem jussus zwischen dem Deleganten und Delegaten entsteht keine actio mandati.

Dieser negative Satz steht mit dem Vorigen in unmittelbarem Zusammenhange. Der jussus hat zur Folge, daß die Leistung des Delegaten dem Deleganten als ihm geschehen angerechnet wird, wiewohl sie in der That nicht ihm, sondern dem Delegatar geschieht. Aus einem solchen Verhältnisse entsteht aber an und für sich überhaupt keine Klage und keine Obligation. Die indirecte Leistung steht unter denselben Gesetzen, wie die directe, wer auf jussus des Deleganten an einen Dritten zahlt, erwirbt dadurch ebenso wenig einen Anspruch gegen ihn, als wer an den Deleganten selbst zahlt. Der obligatorische Effect gründet sich nicht auf die Zahlung an sich, sondern auf die zu Grunde liegende Absicht, auf die causa der Zahlung:

> Non satis est, dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur. l. 3. §. 1. de O. et A. (44,7).

Der jussus allein giebt der Leistung noch keine causa; er bestimmt nur die Richtung, nach welcher ihre Folgen rechtlich in Betracht kommen, er bestimmt die Person, welche als Empfänger gilt. Die causa liegt auch hier erst in den besonderen Beredungen zwischen dem Geber und dem fingirten Empfänger, also in dem Deckungsvertrage. Nicht aus der Delegation an sich, sondern nur aus dem Deckungsvertrage kann der Delegat eine Klage erwerben.

Mit Rücksicht hierauf können wir unserem Satze jetzt statt der obigen negativen Fassung auch einen positiven Inhalt geben, wenn wir die Natur der durch die Delegation bewirkten Vermögenszuwendung näher in Betracht ziehen. Das Object des jussus ist eine res; dem entsprechend ist denn auch die mögliche Verpflichtung des Deleganten eine *re contracta obligatio*, und die dafür gegebene Klage, die sogenannte Revalirungsklage hat im Allgemeinen die Natur einer *condictio*. Je nach der näheren Beschaffenheit des Deckungsvertrages bestimmt sich die Besonderheit dieser condictio als einer condictio ob causam datorum, indebiti u. s. w. Das Rechtsverhältniß zwischen Deleganten und Delegaten ist also ganz allgemein als ein Realcontract aufzufassen, dessen Elemente, res und causa, dadurch auseinander gefallen

sind, daß die res in Folge des jussus an eine bei diesem Vertrage nicht betheiligte dritte Person geleistet wird. In Folge dessen haben auch die Condictionen aus diesem Vertrage die Eigenthümlichkeit, daß sie nicht gegen denjenigen gehen, dem die Leistung wirklich geschehen ist, sondern gegen denjenigen, welchem sie in Folge seines jussus zugerechnet wird, und in dessen Person ihre causa liegt.

Am klarsten ist das Verhältniß, wenn der Deckungsvertrag direct obligatorischen Inhalts ist. Die Klage aus demselben kann dann, wie wir gesehen haben, auch in eine benannte Contractsklage übergehen, z. B. in die Darlehnsklage oder auch die actio de dote. Immer aber sind es Klagen, die aus einem realcontractsähnlichen Fundament entspringen, und deshalb der Analogie der Condictionen folgen, wenn man auch nicht mit Savigny[1]) annehmen will, daß mit denselben immer eine wirkliche Condiction concurrirt habe. Insbesondere ist dies auch dann der Fall, wenn unter den im vorigen Paragraphen betrachteten besonderen Umständen die Revalirungsklage eine actio mandati contraria wird; gerade in diesem Falle kann die Concurrenz einer condictio causa data causa non secuta am wenigsten bezweifelt werden.

Nicht minder ordnet sich der Fall eines liberatorischen Deckungsvertrages, einer Delegation auf Schuld, der obigen allgemeinen Charakteristik unter. Es entspricht ganz der Anschauung der Quellen, die Zahlung einer Schuld (solutio) in diesem Zusammenhange als einen liberatorischen Realvertrag aufzufassen, welcher bei mangelhafter causa (Nichtschuld und Irrthum) das Fundament der condictio indebiti abgiebt.

> §. 1. inst. quibus modis re contrahitur obligatio (3,15). Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condicticia actio.

Was hier von der directen Zahlung gesagt wird, gilt ebenso von der indirecten, durch einen jussus vermittelten Zahlung.

Ist der Deckungsvertrag endlich Schenkung, so kann von einer Obligation zwischen Deleganten und Delegatar überhaupt nicht die Rede sein, für diesen Fall verliert die Frage ihre Bedeutung.

Es liegt auf der Hand, daß diese Betrachtungen über die Natur der Revalirungsklage von der äußersten praktischen Erheblichkeit sind. Wenn der jussus allein zur Begründung der Klage genügte, so würde der Delegat genug gethan haben, wenn er sagte: Ich habe auf Deine Anweisung an C. 100 gezahlt, Du mußt sie erstatten. Eine solche actio mandati contraria gestattet in der That die herrschende Ansicht, und fordert von dem Deleganten Einredebeweis, daß in irgend einer

1) System Bd. V. S. 517 folg.

Weise Deckung gegeben sei. Die condictio aber ist ganz anders zu begründen. Kläger muß nun vortragen und beweisen: Ich habe auf Deine Anweisung an C. 100 gezahlt, und zwar weil ich Dir 100 schuldig zu sein glaubte; hierin habe ich mich entschuldbarer Weise geirrt, und deshalb fordere ich meine Zahlung zurück, nicht von C., an den ich gezahlt habe, sondern von Dir, auf dessen Anweisung ich gezahlt habe (condictio indebiti). Oder: Ich habe auf Deine Anweisung an C. 100 gezahlt, und zwar um Dir Credit zu geben; es ist verabredet, daß ich in Vorschuß gehen, und Du mir nachträglich Deckung geben solltest, das hast Du nicht gethan, ich fordere jetzt Erstattung meines Vorschusses (condictio causa data causa non secuta, concurrirend mit einer actio mandati contraria aus einem Mandat als Deckungsvertrag).

Die Hauptbeweisstellen für die Condictionsnatur der Klage sind folgende. Zunächst die Zahlungsanweisung betreffend:

l. 57. §. 1. de condictione indebiti (12,6). Creditor ut procuratori suo debitum redderetur, mandavit; majore pecunia soluta procurator indebiti causa convenietur. Quodsi nominatim, ut major pecunia solveretur, delegavit, *indebiti cum eo qui delegavit erit actio.*

l. 59. i. f. de solutionibus (46,3). Dum adjecto solvitur, mihi solvi videtur. Et ideo si indebitum adjecto solutum sit, stipulatori posse *condici* Julianus putat, *ut nihil intersit, jubeam te Titio solvere,* an ab initio stipulatio ita concepta sit.

l. 66. eod. Si pupilli debitor jubente eo sine tutoris auctoritate pecuniam creditori ejus numeravit, pupillum quidem a creditore liberat, sed ipse manet obligatus; sed exceptione se tueri potest. Si autem debitor pupilli non fuerat, *nec pupillo condicere potest, qui sine tutoris auctoritate non obligatur,* nec creditori, cum quo alterius jussu contraxit; *sed pupillus in quantum locupletior factus est, utpote debito liberatus, utili actione tenebitur.*

Bei der Creditanweisung geht die condictio zunächst auf Liberation, und erst dann auf Zahlung, wenn dem Delegatar in Folge der übernommenen Verpflichtung auch bereits gezahlt ist. Daß in diesem Falle die condictio nicht gegen den Delegatar geht, hat zugleich zur Folge, daß gegen ihn auch keine exceptio gebraucht werden kann. Die letztere Consequenz, welche für die Eigenthümlichkeiten der Creditanweisung von großer Bedeutung ist, interessirt uns im gegenwärtigen Zusammenhange noch nicht, wenngleich sie gerade in den folgenden Stellen besonders hervorgehoben wird.

l. 9. §. 1. de condictione c. d. c. n. s. (12,4). Si quis indebitam pecuniam per errorem jussu mulieris sponso ejus promisisset, et nuptiae secutae fuissent, exceptione doli mali uti non potest; — *Itaque adversus mulierem condictio ei competit, ut aut repetat ab ea, quod marito dedit, aut ut liberetur si nondum solverit.*

l. 13. h. t. Si non debitorem quasi debitorem delegavero creditori meo, exceptio locum non habebit, sed *condictio adversus eum, qui delegavit, competit.*

l. 8. §. 2. i. f. ad SC. Vellejanum (16,1) — ubi quasi debitrix delegata est exceptionem ei senatusconsulti Marcellus non daret; sed condemnata, vel ante condemnationem *condicere utique ei a quo delegata est poterit, vel quod ei abest, vel si nondum abest liberationem.*

l. 5. §. 5. de doli exceptione (44,4). Si eum qui volebat mihi donare supra legitimum modum, delegavero creditori meo, non poterit adversus petentem uti exceptione, quoniam creditor suum petit. In eadem causa est maritus; nec hic enim debet exceptione summoveri, qui suo nomine agit. — *Itaque condictione tenetur debitor, qui delegavit, vel mulier, ut vel liberet debitorem, vel si solvit, ut pecunia ei reddatur.*

l. 1. §. 10. quarum rerum actio (44,5). Quodsi patronus libertum suum delegaverit creditori, an adversus creditorem cui delegatus promisit libertatis causa onerandae, exceptione ista uti possit, videamus. Et Cassius existimasse Ursejum refert, creditorem quidem minime esse summovendum exceptione, quia suum recepit, verumtamen *libertum a patrono posse condicere,* si non transigendae controversiae gratie id fecerit.

c. 2. de condictione indebiti (4,5). Si citra ullam transactionem pecuniam indebitam alieno creditori promittere delegata es, adversus eam quae te delegavit, *condictionem* habere potes.

Endlich: l. 12. h. t. Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur. Sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, — sed *is qui delegavit tenetur condictione vel incerti, si pecunia soluta non esset, vel certi, si soluta esset; et ideo, cum ipse praestiterit pecuniam, aget mandati judicio.*

Die Schlußworte der letzten Stelle bedürfen noch einer näheren Betrachtung, weil sie anscheinend die Zulässigkeit einer actio mandati neben der condictio ganz allgemein zu behaupten scheinen. In der That sind sie denn auch schon in ältester Zeit als Hauptautorität von denjenigen benutzt worden, welche die Mandatsnatur der Delegation behauptet haben.[2]) Diese Interpreten verstehen nämlich die Voraussetzung, welche der Jurist für die actio mandati macht, cum ipse praestiterit pecuniam, nur dahin, daß der Delegat gezahlt haben müsse. Wäre dies der Sinn der Worte, so wäre nur zu verwundern, warum diese Bedingung überhaupt gestellt wird. Denn die actio mandati könnte doch jedenfalls eben so gut, wie die condictio schon vor der Zahlung auf Liberation gerichtet werden. Derselbe Jurist Paulus sagt in dieser Beziehung ganz allgemein in l. 45. §. 5. mandati (17,1):

> Quoties autem ante solutam pecuniam mandati agi posse diximus, faciendi causa, non dandi tenebitur reus; et est aequum, sicut mandante aliquo actionem nacti cogimur eam praestare judicio mandati, *ita ex eadem causa obligatos nos habere mandati actionem, ut liberemur.*

Die Worte cum ipse praestiterit pecuniam haben also offenbar einen prägnanteren Sinn, nämlich den: wenn der Delegat aus eigenen Mitteln das Geld vorgeschossen, wenn er ohne Deckung gezahlt hat. Der Jurist verläßt am Schlusse der Stelle den anfangs besprochenen Fall der condictio indebiti, und wendet sich zu dem Falle der condictio ob causam promissi,[3]) mit welcher dann allerdings die actio mandati concurriren kann. Wird die Stelle so verstanden, so bleibt sie mit den früher bereits betrachteten Beispielen einer actio mandati aus dem Deckungsvertrage vollständig in Einklang.

Einen interessanten Fall complicirterer Natur liefert noch l. 36—38. de jure dotium (23,3).

> l. 36. Debitor mulieris jussu ejus pecuniam viro expromisit, deinde vir acceptam eam jussu mulieris fecit; res mulieri periit.

So weit spricht Sabinus, nun folgt sein Commentator Ulpian.

> Hoc quomodo accipimus? utrum dotis nomine, an et si alia ex causa? Et videtur de eo debitore dictum, qui dotis nomine promisit. —

2) z. B. von Cujaz paratitl. ad cod. h. t.

3) In der jetzigen abgebrochenen Gestalt des Schlußsatzes hat diese verschiedene Beziehung allerdings etwas Befremdliches. Wahrscheinlich würde der ursprüngliche Zusammenhang den Gegensatz noch klarer machen.

l. 38. Sane videndum est: an marito mulier, quae jussit accepto ferre obligetur? *Et putem obligari mandati actione, et hoc ipsum in dotem converti, quod mulier mandati judicio obligata est.* Et quod dicitur, rem mulieri perire, consequens est, nam si coeperit velle de dote agere, ipsa secum debebit compensare jussum suum.

Die Ehefrau hat ihrem Manne durch Delegation eines Schuldners eine dos bestellt. Auf ferneren jussus der Frau hat der Mann dem Schuldner acceptoferirt. Die Folgen dieser zweiten Anweisung, also eines jussus acceptum ferendi (siehe oben S. 42), werden untersucht. Die Doppelnatur der dos, welche dem Manne gehört, nach Auflösung der Ehe aber der Frau restituirt werden soll, macht hier eine Unterscheidung nöthig. Zieht man die Zeit des Bestehens der Ehe in Betracht, so macht der Mann, indem er auf sein Dotalkapital verzichtet, eine Verwendung für die Frau, auf deren jussus er den Schuldner liberirt hat. Also — entscheidet der Jurist — hat er die actio mandati contraria; aber eben nur im Interesse seiner dos und für die Dauer der Ehe, die Mandatsobligation selbst wird nun Bestandtheil der dos. Denkt man dagegen an die Zeit nach Auflösung der Ehe, so liegt vielmehr eine Anweisung auf Schuld vor; der Mann erwirbt also durch seine Leistung an den Dritten, welche hier in der Acceptilation besteht, Befreiung von seiner Verpflichtung zur Restitution, und deshalb trifft schließlich die Frau der Verlust: res mulieri perit, si coeperit velle de dote agere, ipsa secum debebit compensare jussum suum. Man darf hier nicht an eine eigentliche Compensation denken, denn der Mann hat nun gar keine Klage mehr, sondern nur die Einrede, daß ihm durch den jussus der Frau das Object der dos entzogen ist.

Endlich verdient in diesem Zusammenhange noch die folgende Stelle Erwähnung:

l. 8. pr. de precario (43,26). Quaesitum est: si Titius me rogaverit, ut re Sempronii utatur, deinde ego Sempronium rogavero, ut concederet, et ille, dum mihi vult praestitum, concesserit, et Titius a me habeat precario, et ego cum eo agam interdicto de precario, Sempronius autem non agat cum eo, quia haec verba: *ab illo precario habes*, ostendunt, ei demum competere interdictum, a quo quis precario rogavit, non cujus res est, an tamen Sempronius mecum, quasi a me rogatus, interdictum habeat? Et magis est ne habeat, quia non habeo precario, quum non mihi, sed alii impetravi; *mandati tamen actionem potest adversus me habere*, quia me mandante dedit tibi, *aut si quis dixerit, non mandatu*

meo, sed magis mihi credentem hoc fecisse, dicendum est, in factum dandam actionem et adversus me.

Hier wird ein doppeltes precarium durch eine Delegation vollzogen. Der Delegat Sempronius will mir, dem Deleganten, eine Sache precario einräumen — mihi vult praestitum —, ich dem Delegatar Titius (nachher tu) — Titius a me habeat precario —. Auf meinen jussus — hier umschrieben: ego Sempronium *rogavero* ut concederet — geschieht die Gewährung direct von Sempronius an Titius. Es fragt sich, was hat der Delegat Sempronius für eine Klage? Der Jurist findet zunächst: jedenfalls nicht das interdictum de precario, weder gegen den Delegatar, weil er mit dem kein precarium eingegangen ist, noch gegen mich den Deleganten, weil ich die Sache nicht habe. Gegen mich aber hat er die actio mandati, wenn man nämlich seine Leistung als eine Verwendung für mich auffassen will. Dies findet aber Ulpian zweifelhaft — si quis dixerit, non mandatu meo, sed magis mihi credentem hoc fecisse —; es liegt mehr ein creditum als ein mandatum vor. Deshalb giebt er schließlich eine actio in factum, offenbar eine der condictio nachgebildete Klage.

§. 12. Einseitigkeit des jussus. Widerruflichkeit. Erlöschen mit dem Tode des jubens.

Nach dem, was wir bisher von den Eigenschaften des jussus kennen gelernt haben, muß die Vorstellung, als ob der jussus als solcher die Natur eines Vertrages habe, aufgegeben werden. Wir dürfen ihn nur als eine einseitige Willenserklärung auffassen, welche ihre rechtliche Wirkung erst dann äußert, wenn in Folge derselben gehandelt wird. Dann treten die Wirkungen der res ein, und diese Wirkungen werden auf den jubens zurückbezogen. Es kann nach dieser Auffassung der Sache gar nicht von einer Annahme des jussus die Rede sein, wie man von einer Annahme des Mandats spricht; ebenso wenig von einer Aufkündigung (renunciatio), wie sie dem Mandatar zusteht. Wenn sich der Delegat vor seiner Leistung dem Deleganten gegenüber verpflichtet in Folge des jussus zu handeln, so geschieht dies durch einen von der Delegation durchaus verschiedenen obligatorischen Vertrag, welcher für die Contrahenten Interesseansprüche gegen einander erzeugen kann, wenn die verabredete Delegation nicht zu Stande kommt. Es liegt dann ein pactum de delegando vor, wie wir ein pactum de mutuando haben, und uns überhaupt jeden Realvertrag zugleich als Object einer vorgängig eingegangenen Verbindlichkeit denken können. Von diesem Falle abgesehen, giebt es keine Verpflichtung, in Folge des jussus zu

leisten; im Allgemeinen auch in dem Falle nicht, wenn der jubens Gläubiger ist und auf Schuld anweist.

c. 6. h. t. Nec creditoris creditori quisquam invitus delegari potest.

Zu diesen Endresultaten gelangt die herrschende Lehre auch aus der Theorie des Mandats.[1]) Doch habe ich derselben gegenüber noch auf einen Ausnahmefall aufmerksam zu machen, der von entschiedener praktischer Bedeutung ist. Wenn nämlich auf Schuld angewiesen wird, so kann der jussus unter Umständen alle Bedingungen einer gültigen Interpellation in sich vereinigen; und in einem solchen Falle kommt der Schuldner, wenn er dem jussus nicht nachkommt, in Mora und muß alle Folgen derselben tragen. Auch die Interpellation ist eine einseitige Willenserklärung, welche keiner Annahme bedarf. Sie setzt bekanntlich außer einer fälligen Schuld und Opportunität der Mahnung auch voraus, daß der Gläubiger sich zur Empfangnahme der geforderten Leistung in Stand setzt. Zu diesem Ende wird sehr häufig, namentlich dann, wenn an einem anderen Orte zu leisten ist, gerade der jussus, an einen Anderen zu leisten, das geeignetste Mittel sein; und dieser Dritte braucht durchaus nicht immer bloßer Mandatar (Incassomandatar) des Gläubigers zu sein. Denn auch wenn er dies nicht ist, wird ja der Schuldner in Folge des jussus durch die Zahlung an ihn geradeso befreit, als wenn er an den Gläubiger direct gezahlt hätte. Weil dies für den Schuldner genügt, so genügt es auch für den Gläubiger um seine Interpellation wirksam zu machen. — Dieser Fall kann allerdings nur bei der Zahlungsanweisung nicht bei der Creditanweisung eintreten.

Aus der Einseitigkeit des jussus folgt der Natur der Sache nach seine Widerruflichkeit. Wenn nicht in Folge des jussus geleistet wird, so hat er überhaupt keine Wirkung; es kann aber nicht mehr jussu Jemandes geleistet werden, wenn dieser inzwischen seinen Willen geändert und die Willensänderung kundgethan hat. Dies gilt für alle Fälle des jussus, auch außer der Delegation.

l. 1. §. 2. quod jussu (15,4).

l. 25. §. 14. de acquirenda vel omittenda hereditate (29,2).

Bei der Delegation wird dieser Eigenschaft in der Regel nur da gedacht, wo der Delegatar Incessomandatar des Deleganten ist. Dies hat seinen Grund lediglich darin, daß der Widerruf hier am meisten von praktischem Interesse ist. Es würde aber durchaus unrichtig sein, wenn man in diesem Fall die Widerruflichkeit des jussus zwischen Deleganten und Delegaten auf die Widerruflichkeit des Mandats zwischen Deleganten und Delegatar zurückführen wollte. Der Wille des Dele-

1) Thöl §§. 114. 130.

ganten kann sich natürlich vernünftigerweise nur in beiden Richtungen gleichmäßig bewegen. Es kommt aber nicht auf den Willen allein, sondern auch auf die Erklärung desselben, auf die Mittheilung desselben an den Gegentheil an. Deshalb kann sehr wohl nur das Mandat oder nur der jussus für widerrufen gelten, je nachdem nur der Delegatar oder nur der Delegat von dem Widerruf Kenntniß erhalten hat. Gerade ein solcher Fall wird in den Stellen, die wir schon oben kennen gelernt haben, besprochen:

l. 18. i. f. de solutionibus (46,3). Nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, *deinde Titium vetuero accipere*, *idque ignorans* debitor Titio simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur, et Titius furti actione tenebitur.

l. 38. §. 1. eod. Si debitorem meum jusserim Titio solvere, *deinde Titium vetuerim accipere*, *et debitor ignorans* solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eas lucretur; alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris, et ideo liberationem quidem ipso jure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurri aequum esse, si paratus sit condictionem furtivam, quam adversus Titium habet mihi praestare. —

Aus beiden Stellen muß allerdings durch ein argumentum e contrario gefolgert werden, daß der Widerruf des Mandats, sobald er zur Kenntniß des Delegaten kommt, einem directen Widerruf des jussus, einer denuntiatio ne solveret gleich steht:

l. 106. eod. — cui jure stipulationis recte solvitur, ei etiam prohibente me recte solvi potest; cui vero alias permisero solvi, ei non recte solvitur si prius, quam solveretur *denuntiaverim* promissori, *ne ei solveret.*

Gleiche Wirkung mit dem Widerruf hat nach römischem Recht der Tod des jubens, wie des mandans; jedoch wiederum unter der Voraussetzung, daß er rechtzeitig zur Kenntniß des Delegaten kommt. Auch dies ist eine allgemeine Eigenschaft des jussus.

l. 50. de acquirenda vel omittenda hereditate (29,2).

Die auf die Delegation bezüglichen Stellen haben wir bei Erörterung des Sprachgebrauchs von mandare und jubere ebenfalls bereits größtentheils kennen gelernt:

l. 32. i. f. de solutionibus (46,3) — is qui jussus est a creditore pecuniam Titio solvere, *quamvis creditor mortuus fuerit*, nihilominus recte Titio solvit, *si modo ignoraverit creditorem mortuum esse.*

l. 108. i. f. eod. — Ei cui jussi debitorem meum post mortem meam solvere non recte solvitur, quia *mandatum morte dissolvitur.*

l. 19. §. 3. de donationibus (39,5). Si quis dederit pecuniam mutuam Titio reddendam Sejo, cui donatum volebat, deinde Titius *mortuo donatore* Sejo dedisse proponatur, erit consequens dicere pecuniam Seji fieri, sive mortuum scivit, sive ignoravit is qui dabat, quia pecunia fuit dantis. *Sed si quidem ignoraverit mortuum, erit liberatus*, si sic mutuam pecuniam accepit solvendam Sejo. Si autem mandavero tibi ut pecuniam Titio des, cui donare volebam, et tu *ignorans me mortuum* hoc feceris, *habebis adversus heredes meos mandati actionem, si sciens non habebis.*

l. 77. §. 6. de legatio II. (31,1). Maevio debitori suo reus stipulandi mandavit, ut Titio cui mortis causa donabat, pecuniam debitam solveret. *Quum sciens dominum vita decessisse Maevius pecuniam dedisset non esse liberationem secutam constitit.*

In den beiden erſten Stellen liegt der Fall eines concurrirenden Mandats zwiſchen Deleganten und Delegatar; in dem zweiten Theile der dritten Stelle zugleich ein wirkliches Mandat zwiſchen Deleganten und Delegaten vor. Von beiden iſt aber in dem erſten Theile der dritten und in der letzten Stelle nicht die Rede. Es kann alſo auch hier die Unwirkſamkeit des jussus nicht auf die Beſonderheit eines concurrirenden Mandats zurückgeführt werden.

§. 13. Verhältniß des Deleganten zum Delegatar.

Wir haben uns bisher mit dem Verhältniß des Deleganten zum Delegaten beſchäftigt. Ich wende mich jetzt zu dem des Deleganten zum Delegatar. Dieſes iſt bei Weitem einfacherer Art, und ich werde mich deshalb kürzer faſſen können.

Ich habe ſchon oben geſagt, daß es von der herrſchenden Lehre ebenfalls als ein Mandat aufgefaßt wird, als mandatum accipiendi bei der Zahlungsanweiſung, als ein mandatum stipulandi bei der Creditanweiſung. Wir haben auch bereits denjenigen Ausnahmefall kennen gelernt, in welchem dem Verhältniß wirklich ein Mandat zu Grunde liegt, wenn nämlich die Valutaberedung bei der Delegation dahin geht, daß der Delegatar die erhaltene Zahlung oder den erhaltenen Credit nur als Vertreter des Deleganten annehmen, und dieſem die daraus erwachſenden Vortheile zurückgeben ſoll; mit anderen Worten,

wenn der Valutavertrag, welcher der Delegation zu Grunde liegt, ein wirkliches Mandat ist.

Wenn man von diesem Ausnahmefall absieht, so fehlen dem Rechtsverhältnisse zwischen Deleganten und Delegatar offenbar alle Kennzeichen eines Mandats. Wenn zahlungshalber oder schenkungshalber delegirt wird, so ist der Delegatar eben nicht Mandatar, weil er die ihm zugewendete Leistung nicht für fremde, sondern für eigene Rechnung erwirbt. Die einfache Folge davon ist die, daß er dem Deleganten für das Erhaltene nicht verantwortlich ist, daß dieser gegen ihn keine actio mandati directa hat. Man ist in der Theorie und in der Praxis auch darüber einig, daß umgekehrt aus der Delegation an sich keine actio mandati contraria des Delegatars gegen den Deleganten, keine Regreßklage entsteht, daß vielmehr, wo eine solche Regreßklage vorkommt, diese ihren Ursprung in der außerhalb der Delegation liegenden Valutaberedung hat. Diese der Supposition eines Mandats geradezu widersprechenden Eigenschaften der Delegation erklärt die herrschende Lehre dadurch, daß sie sagt: das Mandat ist in den Fällen, wovon hier die Rede ist, kein gewöhnliches Mandat, sondern ein mandatum in rem suam.

Dieses sogenannte mandatum in rem suam ist nun zwar ein allen Romanisten von der Cessionslehre her höchst geläufiger Begriff. Gleichwohl muß ich von vorn herein darauf aufmerksam machen, daß derselbe gänzlich unrömisch ist. Die römischen Juristen sprechen niemals von einem mandatum in rem suam, sondern nur von einem procurator in rem suam; und so nennen sie den Procurator gerade dann, wenn er nicht Mandatar ist.

l. 42. §. 2. de procuratoribus (3,3).

Daher hat denn auch die Cession mit dem Mandat im technischen Sinne ebenso wenig etwas zu thun, wie die Delegation. Allerdings wird sehr gewöhnlich der Ausdruck mandare actiones gleichbedeutend mit cedere, praestare actiones gebraucht; dabei ist aber nicht an ein Mandat als obligatorischen Contract zu denken. Mandatum in rem suam würde jeder römische Jurist für eine contradictio in adjecto gehalten haben. Es ist ein Mandat, woraus keine obligatio mandati entspringt, also ein Mandat, welches kein Mandat ist.

Bei der Cession läßt sich damit nun allerdings, wenn man nur dem »Mandat« die allgemeinere Bedeutung »Stellvertretung« unterlegt, ein verständlicher Sinn verbinden. Der Cessionar *kann* wenigstens so lange er klagt, als procurator, Vertreter des Cedenten aufgefaßt werden; was er erstreitet, behält er dann aus eigenem Rechte, in rem suam. Mit einem Einkassirungsmandate in rem suam ist aber ein vernünftiger Sinn eigentlich gar nicht zu verbinden, denn hier ist gerade die einzige Handlung, welche der sogenannte Mandatar vornimmt, die-

jenige, in welcher er nicht Vertreter, ſondern ſelbſtberechtigt iſt. In der That iſt das mandatum accipiendi in rem suam, welches in der gewöhnlichen Darſtellung der Aſſignationslehre eine ſo große Rolle ſpielt, eine der größten Monſtroſitäten, zu welcher ſich jemals eine römiſch ſein wollende Theorie verſtiegen hat. Mit gleichem Rechte könnte man die einfache Uebergabe einer körperlichen Sache in ein mandatum possidendi oder occupandi auflöſen.

Im Rückblick auf die Reſultate unſerer Unterſuchungen über das Verhältniß des Deleganten zum Delegaten könnte man ſich nun zu der Vorſtellung neigen, als wenn wie dort dem mandatum solvendi und promittendi ein jussus solvendi und promittendi, ſo hier dem mandatum accipiendi und stipulandi ein jussus accipiendi und stipulandi zu ſubſtituiren wäre. Mit einer ſolchen Annahme wäre wenigſtens die Schwierigkeit, welche aus dem Fehlen der actio mandati entſpringt, beſeitigt. Der jussus wäre dann als die abſtracte Form der Anweiſung in der einen wie der anderen Richtung zu denken, welche jeder möglichen concreten Beredung über die Valuta wie über die Deckung zur Grundlage dienen könnte. Gleichwohl muß ich auch dieſer Vorſtellung widerſprechen. Ich habe ſchon oben darauf aufmerkſam gemacht, daß die charakteriſtiſche Eigenſchaft des jussus im Sinne der Römer darin beſteht, daß die verpflichtenden Wirkungen der angewieſenen Leiſtung auf das Vermögen des jubens zurückbezogen werden. Im Verhältniß des Deleganten zum Delegatar handelt es ſich umgekehrt darum, daß die Leiſtung des Delegaten dem Deleganten zu ſeinen Gunſten angerechnet wird.

Es muß deshalb ſtreng daran feſtgehalten werden, daß der jussus als die eigenthümliche abſtracte Grundlage des Delegationsgeſchäfts nur zwiſchen dem Deleganten und Delegaten ſtattfindet. Einen jussus accipiendi giebt es bei den Römern nicht; denn das accipere kann denjenigen, von welchem die angenommene Leiſtung als ausgegangen gilt, nur bereichern, nicht verpflichten. Der Ausdruck jubere accipere kommt zwar gelegentlich in den Rechtsquellen vor:

> l. 34. pr. mandati (17,1) — item quod, *si a debitore meo jussero te accipere pecuniam*, credita fiat.

aber doch nur vermöge einer Ungenauigkeit der Redeweiſe. Correcter müßte es heißen wie in

> l. 15. de rebus creditis (12,1) — *si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam*, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis.

Die Römer gehen vielmehr ſo weit, daß ein reines Einkaſſirungsmandat in einen jussus solvendi aufgelöſt wird:

l. 34. §. 3. de solutionibus (46,3) — is qui omnibus negotiis suis aliquem praeponit, *intelligitur etiam debitoribus mandare, ut procuratori solvant.*

Die bloße Kenntniß von der Generalvollmacht des Empfängers wird hier einem directen jussus solvendi gleichgestellt.

Dagegen giebt es allerdings einen jussus stipulandi, aber nur um deswillen, weil der Stipulation unter Umständen zugleich die Natur eines Tilgungsactes zukommt. Dies ist der Fall, so weit sie eine Novationsstipulation ist; der jubens verliert seine Obligation dadurch, daß ein Anderer für seine Rechnung novandi causa stipulirt. Diesen jussus stipulandi werden wir später genauer kennen lernen; in das Gebiet der Delegation gehört er, wie wir sehen werden, gar nicht hinein.

Um die Vortheile aus der Leistung eines Anderen zu erwerben, bedarf es keines vorbereitenden Zwischengeschäfts, unter Umständen nicht einmal einer Willenserklärung überhaupt:

l. 23. de solutionibus (46,3). l. 9. §. 8. de rebus creditis (12,1). l. 8. §. 5. i. f. h. t.

Die Delegation in der Richtung vom Deleganten zum Delegatar schließt sich deshalb unmittelbar an die directe Leistung an.

Qui mandat solvi, *ipse videtur solvere* l. 56. de solutionibus (46,3).

Die Delegation wird einem dare, solvere verglichen, und zwar nicht bloß die Zahlungsanweisung, sondern auch die Creditanweisung. Auch diese wird durch reum *dare*, expromissorem *dare* umschrieben.[1])

Wenn man zur Erläuterung des Vorganges Verwandtschaften aus anderen Rechtsgebieten herbeiziehen will, so darf am ersten an die körperliche Uebergabe einer Sache, namentlich an die Zahlung durch wirkliche Tradition von Geldstücken als abstracter Quantitäten erinnert werden. Dem Delegatar wird wie dem Empfänger einer Geldsumme die Möglichkeit gewährt, sich eines Vermögensobjectes zu seinem Vortheil zu bemächtigen, sich dasselbe anzueignen. Diese Möglichkeit wird ihm allerdings hier nicht durch directe Entäußerung der Herrschaft über das Vermögensobject selbst verschafft, nicht durch eine Besitzerledigung, welche der Delegant persönlich ausführt. Die Vorstellung einer vacua possessio, welche ihm bei dem Delegaten eröffnet wird, ist aber für die Zahlungsanweisung offenbar die nächstliegende. Und selbst für die Creditanweisung ist der Gedanke einer vacua promissio, welche in der Bereitwilligkeit des Delegaten besteht, sich dem Delegatar zu verpflichten, und deren sich dieser durch Vollziehung des Stipulationsactes bemächtigen kann, viel geeigneter ein dem Sinne des römischen Instituts entsprechendes Ver-

1) Vergl. oben S. 41.

ſtändniß zu geben, als das Dazwiſchenſchieben irgend eines mandatähnlichen Rechtsgeſchäfts.

Es iſt von entſchiedenem Intereſſe, dieſe Verwandtſchaft der Delegation mit der Tradition ſchon auf dem Standpunkte des römiſchen Rechts ſich klar zu machen, weil dadurch die der modernen Rechtsentwickelung angehörige Ausbildung des Anweiſungsgeſchäfts, nach welcher daſſelbe durch wirkliche körperliche Uebergabe eines Ordre- oder Inhaberpapiers vollzogen werden kann, eine viel allgemeinere Baſis erhält, als man ihr gewöhnlich zugeſteht. Indeſſen muß ich auf eine weitere Ausführung der in dieſer Richtung aus der Theorie ſich ergebenden Konſequenzen hier verzichten.

Es ergiebt ſich ſoviel aus den bisherigen Betrachtungen, daß die Delegation auch im Verhältniß des Deleganten zum Delegatar die Natur eines Realvertrages hat. Sofern überhaupt ein obligatoriſches Verhältniß in dieſer Richtung zu Grunde liegt, handelt es ſich auch hier um eine *re contracta* obligatio, und die Klage, mit welcher dieſe Obligation verfolgt wird, hat wiederum im Allgemeinen den Charakter einer condictio, welche aus dem Inhalt der Valutaberedung ihre nähere Beſtimmung als condictio indebiti, ob causam u. ſ. w. entnimmt, oder auch in eine verwandte benannte Contractsklage übergeht. Es gilt in dieſer Beziehung ganz daſſelbe, was ich oben über die Klage des Delegaten gegen den Deleganten geſagt habe, nur daß die Verpflichtung des Beklagten nicht wie dort auf der Fiction einer empfangenen Leiſtung zufolge des jussus, ſondern auf der wirklichen, wenn auch indirect geſchehenen Leiſtung ſelbſt beruht. Die folgenden Beiſpiele ſolcher Condictionen werden zur Erläuterung des Geſagten genügen:

l. 9. pr. de condictione c. d. c. n. s. (12,4). Si donaturus mulieri, jussu ejus sponso numeravi, nec nuptiae secutae sunt, *id mulier condicet.*

l. 8. §. 3. ad SC. Vellejanum (16,1). Interdum intercedenti mulieri et *condictio* competit puta si contra senatusconsultum obligata debitorem suum delegaverit: nam hic *ipsi competit condictio, quemadmodum si pecuniam solvisset, condiceret; solvit enim et qui reum delegat.*

l. 1. §. 11. quarum rerum actio non datur (44,5). Item si libertus debitorem suum patrono delegaverit, nulla exceptione summovendus est patronus, sed *libertus a patrono per condictionem hoc repetet.*

Vergl. auch l. 18. §. 1. in f. de mortis causa donationibus (39,6).

Wenn von einer Annahme oder Ablehnung der Delegation ſeitens des Delegatars geſprochen wird, ſo hat dies keinen andern Sinn als die

Annahme oder Ablehnung der Leiſtung ſelbſt, welche ihm von dem Delegaten indirect gewährt wird. Eine Verpflichtung zur Annahme mit einem beſtimmten obligatoriſchen oder liberatoriſchen Erfolge kann nur auf einem vorgängigen, hier dem Valutavertrage angehörigen pactum de delegando beruhen, welches denn auch im Falle der Nichterfüllung Intereſſeanſprüche zwiſchen den Contrahenten erzeugen kann.[2]) Wie ich aber oben die Möglichkeit einer mora solvendi nachgewieſen habe, welche durch einen zugleich die Bedingungen der Interpellation erfüllenden jussus entſtehen kann, ſo iſt hier wiederum eine mora accipiendi mit allen ihren Folgen denkbar, wenn die Delegation zugleich die Eigenſchaften einer reellen Oblation in ſich vereinigt.

§. 14. Die Leiſtung des Delegaten an den Delegatar. Reine und titulirte Delegation.

Wir haben bisher das Verhältniß des Deleganten zum Delegaten (§§. 9—12.) und das des Deleganten zum Delegatar (§. 13.) in Betracht gezogen — beides in ſeiner allgemeinſten Geſtalt, d. h. indem wir von der auf dem Deckungs- und Valutavertrage beruhenden ſpeciellen Function der Delegation in der einen und der anderen Richtung vollſtändig abſtrahirt haben. Um das zuſammengeſetzte Rechtsgeſchäft zwiſchen den drei betheiligten Perſonen in allen ſeinen Beziehungen zu erſchöpfen, würde es nun noch erforderlich ſein, das Verhältniß des Delegaten zum Delegatar zu erörtern. Indeſſen liegt es in der Natur der Sache, daß über dieſes Verhältniß wenig zu ſagen iſt, was für alle Arten der Delegation — Zahlungsanweiſung und Creditanweiſung — gleichmäßige Anwendung finden könnte, was alſo in dieſem dem Inſtitute in ſeinem ganzen Umfange gewidmeten Kapitel ſeine Stelle finden müßte.

Ich habe ſchon oben geſagt, daß die Leiſtung des Delegaten an den Delegatar ein reines Abſtractum iſt. Die Bedingungen ihrer Wirkſamkeit liegen in dem Verhältniſſe des Deleganten zu dem Geber (Delegaten) einerſeits und zu dem Empfänger (Delegatar) andererſeits. In der Rückwirkung auf dieſe Verhältniſſe beſteht denn auch allein der rechtlich erhebliche Erfolg der Leiſtung. Es findet zwiſchen dem Delegaten und Delegatar keine Vermögenszuwendung, kein negotium ſtatt. Zwiſchen dieſen beiden Gliedern der Kette erfolgt vielmehr nur die Ausgleichung derjenigen Rechtsgeſchäfte, welche in ihrer gemeinſchaftlichen Beziehung zum Deleganten ihre Wurzel haben; es wird nur dasjenige vollzogen, was in den beiden anderen Richtungen vorbereitet und eingeleitet worden iſt. Thöl hat zur Bezeichnung einer ſolchen abſtracten, von den

2) S. B. l. 4. de condictione c. d. c. n. s. (12,4). l. 13. §. 23. de actionibus empti (19,1).

Einflüssen der zu Grunde liegenden speciellen Veranlassungen losgelösten Leistung die Ausdrücke: Summenzahlung, Summenversprechen eingeführt. Unter Anwendung dieser Begriffe können wir daher sagen: Die Leistung des Delegaten an den Delegatar ist eine reine Summenzahlung oder ein reines Summenversprechen. Jedoch wird damit das Charakteristische der Sache nur für den Fall richtig ausgedrückt, daß das Object der Delegation in baarem Gelde, in einer certa pecunia besteht. Dies ist allerdings der Hauptfall, aber doch nicht der einzig mögliche. Es kann z. B. auch eine certa res gegeben oder versprochen werden sollen:

l. 15. §. 2. de contrahenda emtione (18,1).
l. 14. pr. de fundo dotali (23,5).
l. 26. pr. de donationibus inter virum et uxorem (24,1).
l. 56. pr. de jure dotium (23,3).
l. 31. §. 1. h. t.

Sogar die Bestellung eines Nießbrauchs kommt als Gegenstand der Delegation vor in l. 4. h. t. Ebenso auch operae eines libertus, also ein facere, in l. 26. §. 12. de condictione in debiti (12,6), l. 9. §. 1. de operis libertorum (38,1).

Alle diese Fälle setzen eine solche Beschaffenheit der zu Grunde liegenden Deckungs- und Valutaberedungen voraus, daß die eine, wenn auch hier ihrem Gegenstande nach individualisirte, Leistung des Delegaten an den Delegatar gleichzeitig als von dem Delegaten an den Deleganten und von diesem an den Delegatar geschehen in Betracht kommen kann. Es ist möglich, sich auch in diesen Fällen die Leistung des Delegaten als ein reines Abstractum zu denken. In der Regel aber werden sich dieselben schon mehr oder weniger von dem Begriffe der reinen Delegation entfernen, indem sich die Leistung des Delegaten zugleich durch eine nothwendige Bezugnahme auf manche dem Valuta- oder dem Deckungsverhältnisse angehörige Elemente zu specialisiren beginnt. Eine solche Specialisirung oder Individualisirung und damit eine Modification des ganzen Geschäfts ist nun aber auch ebenso gut möglich bei einer Leistung von certa pecunia, und wir müssen diesen Punkt deshalb noch in einem allgemeineren Sinne betrachten.

Wenn wir uns die Bestandtheile einer Delegation in abstracto den Resultaten der bisherigen Untersuchung gemäß an einem Beispiele verdeutlichen wollten, so müßten wir dasselbe etwa so construiren. A. ertheilt dem B. den jussus: »Zahle für meine Rechnung an C. hundert« oder »Versprich für meine Rechnung dem C. hundert«. Zwischen A. und C. ist nur erforderlich, daß diesem die Leistung des B. als eine indirect von A. ausgehende erkenntlich gemacht werde: »Die hundert, welche der B. zahlen (oder versprechen) wird, sind für meine Rechnung«. Nun erfolgt die Zahlung (oder das Versprechen) der hundert von B. an C.

Dann tritt das Resultat in doppelter Richtung ein: es ist, als wenn B. an A., und A. an C. hundert gezahlt (oder versprochen) hätte. Alles Uebrige gehört einerseits dem Deckungs-, andererseits dem Valutavertrage an. In beiden Beziehungen kann der Leistung (res) jede beliebige Bestimmung gegeben werden: solutio, obligatio, donatio.

Dies ist nun selbstverständlich nur ein allgemeiner Rahmen, der erst durch die Ausfüllung mit concreten Verhältnissen Leben und Bedeutung gewinnt. Es sind eben nur die aus der Mannichfaltigkeit der lebendigen Fälle abstrahirten allgemeinen Kriterien des Geschäfts, welche als solche ohne ein specielles Substrat keine reelle Existenz haben, sondern nur den Anspruch machen, gewissen allen Fällen gemeinsamen Rechtsgrundsätzen zur Basis zu dienen. Nicht anders verhält es sich ja mit der directen Zahlung in abstracto: »ich gebe Dir hundert«. Es giebt keine solche inhaltsleere datio im Leben; es wird in jedem einzelnen Falle ein individualisirtes Rechtsgeschäft vollzogen, es wird eine Schuld bezahlt, ein Darlehn gegeben, eine Schenkung gemacht u. s. w. Dennoch abstrahiren wir von diesen Besonderheiten der einzelnen Fälle, um für gewisse gemeinsame Erfolge eine allgemeine Grundlage zu gewinnen, nämlich: Uebergang des Eigenthums an den gegebenen Geldstücken, Rückforderung durch eine condictio u. s. w.

Wir wollen also nun unser Beispiel näher bestimmen, z. B. in folgender Art. A. ist Gläubiger des B.: »zahle die mir schuldigen hundert für meine Rechnung an C.«; ferner A. will dem C. ein Darlehn geben: »die hundert, welche Dir B. für meine Rechnung geben wird, sollst Du mir nach Jahresfrist zurückzahlen.« Nun zahlt B. die hundert an C. mit dem doppelten Erfolge, daß seine Schuld bei A. getilgt, und C. Darlehnsschuldner des A. wird. Dennoch entfernen wir uns hier noch nicht von dem Gebiete der reinen Delegation, denn noch immer sind die hundert, welche B. an C. zahlt, weder eine Schuldtilgung des B., noch eine Darlehnsvaluta für den C., sondern zwischen B. und C. sind es eben nur abstrakte hundert. Weder braucht C. von dem Schuldverhältniß zwischen A. und B., noch B. von dem Darlehnsvertrage zwischen A. und C. Kenntniß zu haben. Weder die eine noch die andere causa tritt in das gemeinschaftliche Bewußtsein des Gebers und Empfängers ein; die Zahlung selbst wird daher von der einen so wenig wie von der anderen afficirt, es bleibt eine reine Summenzahlung.

Nun kann sich aber der Fall noch weiter modificiren. A. kann dem B. sagen: »ich habe mit C. ein Darlehn von hundert verabredet, in den und den Münzsorten, zu dem und dem Zinsfuße unter der und der Sicherheit. Die Zahlung soll an dem und dem Tage erfolgen. Da Du mir hundert schuldig bist, so ersuche ich Dich, die Zahlung für meine Rechnung zu leisten, und Dir einen Schuldschein von C. für mich geben

zu lassen, u. s. w.« Wenn B. dieser Anweisung Folge leistet, so ist seine Zahlung an C. keine reine Summenzahlung mehr, sondern es ist in dem gemeinschaftlichen Bewußtsein des Gebers und Empfängers, und zufolge beiderseitiger Willenserklärung die Zahlung eines Darlehns, bei welcher B. lediglich als Vertreter des A. fungirt. Die Zahlung ist dadurch individualisirt worden, daß sie ein Element aus dem Valutavertrage in sich aufgenommen hat.

Bei der Zahlungsanweisung, von welcher unser Beispiel hergenommen war, ist diese Modification von geringerer praktischer Bedeutung als bei der Creditanweisung, weil dort das modificirte Element — die Zahlung — eine einmalige vorübergehende Handlung ist, hier aber der specialisirende Einfluß die zwischen dem Delegaten und Delegatar eingegangene Obligation während der ganzen größeren oder geringeren Dauer ihres Bestehens beherrscht. Der Gegensatz wird uns daher auch bei der Creditanweisung noch besonders beschäftigen. Zur Bezeichnung desselben will ich mich eines ebenfalls von Thöl herrührenden Ausdrucks bedienen. Dieser hat — wenigstens gelegentlich[1]) — eine in der besprochenen Art durch Aufnahme materieller Elemente individualisirte Delegationsstipulation ein titulirtes Versprechen genannt. In demselben Sinne kann man denn auch von einer titulirten Zahlung sprechen, und allgemein durch die Bezeichnung titulirte Delegation das modificirte Geschäft der reinen Delegation gegenüberstellen.

Die reine Delegation ist dasjenige Institut, in welchem die charakteristischen Eigenschaften am vollständigsten zur Geltung kommen. Bei der Creditanweisung im Besonderen, zu welcher unsere Darstellung nun übergeht, ist dies vorzugsweise der Fall. Die Untersuchung wird daher von der reinen Creditanweisung in dem eben bestimmten Sinne ausgehen müssen.

1) Handelsrecht I. §. 131. bei Note 2.

Zweites Kapitel.

Die Creditanweisung (delegatio im engeren Sinne).

§. 15. Die Delegation durch Litteralcontract. Einrichtung der codices accepti et expensi.

Wir haben schon oben (S. 40) gelegentlich die verschiedenen Formen kennen gelernt, in welchen eine Creditanweisung bei den Römern vollzogen werden konnte, nämlich Stipulation, Litiscontestation, und im älteren Recht Expensilation. Ich beginne mit der letzteren, der Delegation vermittelst des alten Litteralcontracts, weil diese Form als Prototyp der reinen Creditanweisung gelten kann, und ihrer Natur nach keine fremdartigen Beimischungen zuließ. Die Darstellung dieses Instituts hat allerdings ihre besonderen Schwierigkeiten, weil die uns dafür zu Gebote stehenden Quellenzeugnisse sehr dürftig sind. In den Pandekten dürfen wir der Natur der Sache nach nur gelegentliche, der tilgenden Hand der Compilatoren entgangene Spuren davon suchen. Die einzige zusammenhängende Schilderung eines mit dem Institute aus eigener Anschauung bekannten Juristen, die wir besitzen, ist die des Gajus (III. §§. 128—133.). Einzelne Erwähnungen hierher gehöriger Fälle bei Cicero und anderen nichtjuristischen Schriftstellern sind für die Erforschung des Details unschätzbar; führen aber oft nicht weiter als bis zu mehr oder minder wahrscheinlichen Vermuthungen, weil sie selbstverständlich auf Leser oder Hörer berechnet sind, die mit dem ganzen Geschäftsgange vertraut waren.

Nach Gajus gab es zunächst zwei verschiedene Arten von nomina, d. h. Schulden, die auf Eintragungen in den Römischen Hausbüchern beruhten, nämlich nomina transcripticia (III. §§. 128—130. 133.) und nomina arcaria (III. §§. 131. 132.). Die ersteren waren wahre Litteralobligationen, bei ihnen wirkte die Eintragung obligatorisch; die letzteren waren gebuchte Darlehne, Realobligationen, bei denen die Ein-

zu lassen, u. s. w.« Wenn B. dieser Anweisung Folge leistet, so ist seine Zahlung an C. keine reine Summenzahlung mehr, sondern es ist in dem gemeinschaftlichen Bewußtsein des Gebers und Empfängers, und zufolge beiderseitiger Willenserklärung die Zahlung eines Darlehns, bei welcher B. lediglich als Vertreter des A. fungirt. Die Zahlung ist dadurch individualisirt worden, daß sie ein Element aus dem Valutavertrage in sich aufgenommen hat.

Bei der Zahlungsanweisung, von welcher unser Beispiel hergenommen war, ist diese Modification von geringerer praktischer Bedeutung als bei der Creditanweisung, weil dort das modificirte Element — die Zahlung — eine einmalige vorübergehende Handlung ist, hier aber der specialisirende Einfluß die zwischen dem Delegaten und Delegatar eingegangene Obligation während der ganzen größeren oder geringeren Dauer ihres Bestehens beherrscht. Der Gegensatz wird uns daher auch bei der Creditanweisung noch besonders beschäftigen. Zur Bezeichnung desselben will ich mich eines ebenfalls von Thöl herrührenden Ausdrucks bedienen. Dieser hat — wenigstens gelegentlich[1]) — eine in der besprochenen Art durch Aufnahme materieller Elemente individualisirte Delegationsstipulation ein titulirtes Versprechen genannt. In demselben Sinne kann man denn auch von einer titulirten Zahlung sprechen, und allgemein durch die Bezeichnung titulirte Delegation das modificirte Geschäft der reinen Delegation gegenüberstellen.

Die reine Delegation ist dasjenige Institut, in welchem die charakteristischen Eigenschaften am vollständigsten zur Geltung kommen. Bei der Creditanweisung im Besonderen, zu welcher unsere Darstellung nun übergeht, ist dies vorzugsweise der Fall. Die Untersuchung wird daher von der reinen Creditanweisung in dem eben bestimmten Sinne ausgehen müssen.

1) Handelsrecht I. §. 131. bei Note 2.

Zweites Kapitel.

Die Creditanweisung (delegatio im engeren Sinne).

§. 15. Die Delegation durch Litteralcontract. Einrichtung der codices accepti et expensi.

Wir haben schon oben (S. 40) gelegentlich die verschiedenen Formen kennen gelernt, in welchen eine Creditanweisung bei den Römern vollzogen werden konnte, nämlich Stipulation, Litiscontestation, und im älteren Recht Expensilation. Ich beginne mit der letzteren, der Delegation vermittelst des alten Litteralcontracts, weil diese Form als Prototyp der reinen Creditanweisung gelten kann, und ihrer Natur nach keine fremdartigen Beimischungen zuließ. Die Darstellung dieses Instituts hat allerdings ihre besonderen Schwierigkeiten, weil die uns dafür zu Gebote stehenden Quellenzeugnisse sehr dürftig sind. In den Pandekten dürfen wir der Natur der Sache nach nur gelegentliche, der tilgenden Hand der Compilatoren entgangene Spuren davon suchen. Die einzige zusammenhängende Schilderung eines mit dem Institute aus eigener Anschauung bekannten Juristen, die wir besitzen, ist die des Gajus (III. §§. 128—133.). Einzelne Erwähnungen hierher gehöriger Fälle bei Cicero und anderen nichtjuristischen Schriftstellern sind für die Erforschung des Details unschätzbar; führen aber oft nicht weiter als bis zu mehr oder minder wahrscheinlichen Vermuthungen, weil sie selbstverständlich auf Leser oder Hörer berechnet sind, die mit dem ganzen Geschäftsgange vertraut waren.

Nach Gajus gab es zunächst zwei verschiedene Arten von nomina, d. h. Schulden, die auf Eintragungen in den Römischen Hausbüchern beruhten, nämlich nomina transcripticia (III. §§. 128—130. 133.) und nomina arcaria (III. §§. 131. 132.). Die ersteren waren wahre Litteralobligationen, bei ihnen wirkte die Eintragung obligatorisch; die letzteren waren gebuchte Darlehne, Realobligationen, bei denen die Ein-

tragung nur informatorisch war und allenfalls zum Beweise dienen konnte. Die nomina transcripticia waren wiederum doppelter Art; sie beruhten entweder auf einer transcriptio a re in personam (§. 129. l. c.) oder auf einer transcriptio a persona in personam. Die letztere ist diejenige Buchoperation, welche eine Delegation zu Wege brachte:

> A persona in personam transcriptio fit, veluti si id quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, *id est si Titius te delegaverit mihi* (§. 130. l. c.).

Von den Büchern, in welchen diese nomina zu finden waren, wissen wir Folgendes. Zur Zeit der Republik wurden sie von jedem römischen Bürger regelmäßig und sorgfältig geführt und lieferten eine vollständige Auskunft über alle Ausgaben und Einnahmen des Besitzers.[1]) Uneingetragene Posten von einigem Belang (extraordinaria pecunia) galten für ein crimen und begründeten den Verdacht unrechtmäßigen oder schimpflichen Erwerbes.[2]) Die Einsicht der Bücher stand unter Umständen Jedem frei, der ein Interesse daran hatte; die Befugniß dazu war gesetzlich anerkannt.[3]) Ob sie unbeschränkt galt, oder nur für gewisse bevorzugte Fälle, wie z. B. Repetundenprocesse, muß nach dem uns erhaltenen Quellenmaterial unentschieden bleiben. Wenn wir dem Pseudo-Asconius glauben dürfen, hat die unbequeme Publicität aller Vermögensverhältnisse zum späteren Verfall des ganzen Instituts hauptsächlich mitgewirkt.[4])

Zur nächsten vorläufigen Aufnahme aller Eintragungen dienten Kladden (adversaria), aus denen dieselben in der Regel monatlich in die zu sorgfältiger Aufbewahrung bestimmten eigentlichen Bücher (tabulae, codex accepti et expensi) übertragen wurden.[5])

Ueber die Anordnung und Einrichtung der letzteren kann man sich von vorn herein verschiedene Vorstellungen machen. Der Natur der Sache nach muß ein chronologisch geordnetes, nach Einnahmen (acceptum) und Ausgaben (expensum) gesondertes Kassabuch die Grundlage jeder derartigen Buchführung bilden. Daneben lassen sich besondere Contocurrenten für jeden einzelnen Gläubiger und Schuldner denken, welche zur Uebersicht des Rechnungsstandes mit einer bestimmten Person dienen, und durch ihren Abschluß den Saldo dieser Rechnung liefern, wie der

1) Ascon. ad Cic. in Verrem I., c. 23. — Cic. pro Roscio com. c. 1. 2. pro Fontejo c. 2. pro Cluentio c. 30.

2) Cic. in Verrem I., c. 39.

3) Cic. in Verrem II., c. 76. — *lege* excipiuntur tabulae publicanorum, quominus Romam deportentur.

4) Ascon. ad Cic. in Verrem I., c. 23.

5) Cic. pro Roscio com. c. 2.

Abschluß des Kassabuchs den baaren Bestand nachweist. Man könnte insbesondere dergleichen Contocurrente für den Sitz der nomina transcripticia halten, und transcriptio a re in personam als Uebertragung aus dem Kassabuch auf das Conto des Schuldners, transcriptio a persona in personam als Uebertragung von einem Conto in das andere deuten, während die nomina arcaria nur im Kassabuche gestanden hätten.

Seit der vortrefflichen Untersuchung von Keller[6]) wird ziemlich allgemein angenommen, daß die Römer solche Contocurrenten neben dem Kassabuche nicht geführt haben. Diese Ansicht ist auch unzweifelhaft die richtige; nur muß dabei festgehalten werden, daß der Nachweis derselben mit Sicherheit nur für die Zeit der Republik geführt werden kann. Keller hat sich zur Begründung seiner Meinung hauptsächlich auf eine Kette von Argumenten allgemeinerer Natur bezogen, und aus dem Detail der Quellen nur zwei Stellen (Cic. in Verrem I. c. 36. und pro Roscio com. c. 3.) benutzt, in deren Auslegung ich ihm nicht durchweg beitreten kann. Da die Frage für den Gegenstand unserer Untersuchung von besonderem Interesse ist, halte ich es nicht für überflüssig, noch auf einen anderen Abschnitt aus den Verrinen des Cicero aufmerksam zu machen, welcher, wie ich glaube, für seine Behauptung einen bei weitem directeren Beweis giebt.

Verres hatte verdächtige Geldgeschäfte mancherlei Art mit einem gewissen L. Carpinatius, dem Geschäftsführer einer Publicanengesellschaft in Sicilien, gemacht, der sich später viele Mühe gab, die Beweisstücke gegen Verres zu beseitigen. In den Büchern der Gesellschaft, welche nicht vollständig unterdrückt werden konnten, veränderte er zu dem Zwecke den Namen Verres in Verrutius. Diese Fälschung entdeckte Cicero bei Durchsicht der Bücher in Syracus, und nahm von den bezüglichen Stellen eine beglaubigte Abschrift, welche er bei der Hauptverhandlung in Rom producirte. Bei dieser Gelegenheit giebt er von dem ganzen Befunde eine ausführliche Beschreibung (in Verrem lib. II. c. 76. 77.), aus welcher auf die Beschaffenheit der tabulae mit Sicherheit geschlossen werden kann. Zunächst geht aus derselben hervor, daß jede einzelne Eintragung den Namen des Verres enthielt, denn bei jedem nomen wiederholte sich die Fälschung. Dies ist undenkbar, wenn dieselben auf einem besonderen Conto des Verres zusammengestellt gewesen wären. Sodann aber ergiebt die Darstellung auch im Uebrigen unzweideutig, daß die gefälschten nomina mit anderen untermischt waren, wie es die Zeitfolge mit sich brachte. Kurz, es kann nach der ganzen

6) Ein Beitrag zu der Lehre vom römischen Litteral-Contracte in Sell's Jahrbüchern Bd. I. S. 93 folg. — Auch Savigny (Verm. Schriften I. S. 238) hat sich den Kellerschen Resultaten angeschlossen.

Schilderung gar kein Zweifel darüber bleiben, daß Cicero ein chronologisch geordnetes Kassabuch vor Augen hatte. Ich hebe die am meisten charakteristischen Stellen im Folgenden heraus:

> Cum jam in manibus tabulas haberemus, *repente adspicimus lituras* ejusmodi, quasi quaedam vulnera tabellarum recentia. Statim suspicione offensi, *ad ea ipsa nomina oculos animumque transtulimus.* Erant acceptae pecuniae a C. Verrutio C. F. sic tamen, ut usque ad alterum R. literae constarent integrae: reliquae omnes essent in litura. *alterum, tertium, quartum, permulta erant ejusdemmodi nomina.*
>
> Rem ad Metellum defero, me *tabulas perspexisse* sociorum: *in his tabulis magnam rationem C. Verrutii permultis nominibus esse,* meque hoc perspicere *ex consulum mensiumque ratione,* neque ante adventum C. Verris neque post decessionem quidquam cum Carpinatio rationis habuisse.
>
> Ego instare, ut mihi responderet — cur servus societatis, qui tabulas confecerit, *semper* in Verrutii nomine certo ex loco mendosus esset.
>
> Tabulas in foro — exscribo: — literae *lituraeque omnes* assimulatae, expressae de tabulis in libros transferuntur.

Ich werde später auf den Nachweis zurückkommen, daß die nomina, von denen hier die Rede ist, großentheils nomina transcripticia waren, woraus sich die positive Consequenz ergiebt, daß auch diese, nicht bloß die nomina arcaria, in dem Kassabuch standen. Für jetzt will ich nur noch bemerken, daß aus den mitgetheilten Stellen auch die negative Ueberzeugung gewonnen werden muß, daß Carpinatius besondere Contocurrente neben dem Kassabuche überhaupt nicht geführt haben kann. Wenn dergleichen existirt hätten, würde für Cicero, dem es ja vor Allem darum zu thun war, von dem Geldverkehr zwischen Carpinatius und Verres eine vollständige Uebersicht zu gewinnen, nichts näher gelegen haben, als gerade diese einzusehen. Dies zu erwähnen würde der Redner, der seine Verdienste um die Untersuchung überall mit selbstgefälliger Breite ins Licht stellt, ebensowenig unterlassen haben, als ein neues Indicium gegen Verres in dem Fehlen eines solchen Conto zu suchen, wenn dies etwas Ungewöhnliches gewesen wäre. Dieser Umstand ist um so beachtenswerther, als wir es hier mit der Buchführung für eine Societät zu thun haben, bei welcher wir der nöthigen Rechnungslegung halber möglichste Vollständigkeit voraussetzen müssen. Man darf daher vielleicht annehmen, daß selbst die argentarii sich damals auf die gewöhnlichen tabulae beschränkt haben; wenigstens ist aus dem häufig wiederkehren-

den Ausdruck rationes nicht auf das Gegentheil zu schließen, denn diese rationes steckten eben, wie wir gesehen haben, in dem codex accepti et expensi.[7])

In welcher Gestalt haben wir uns nun die verschiedenen nomina in diesem Kassabuch zu denken? Diese Frage macht keine Schwierigkeiten in Bezug auf die nomina arcaria, welche offenbar als ein einfacher Ausgabeposten (expensum) erscheinen mußten, um dessen Betrag der Kassenbestand durch gleichzeitige Baarzahlung vermindert wurde. Ebenso einfach ist die Sache bei der transcriptio a persona in personam. Diese mußte nothwendigerweise aus einem doppelten Posten, nämlich einem Einnahmeposten (acceptum) zu Gunsten des einen, und einem gleich hohen Ausgabeposten (expensum) zu Lasten des anderen Betheiligten bestehen, welche weder in den Büchern noch in der Wirklichkeit eine Veränderung in dem Kassenbestande hervorbrachten; die doppelte Buchung diente eben dazu, das Hin- und Herzahlen durch verschiedene Hände zu vermeiden. Weniger klar dagegen ist der Hergang bei der transcriptio a re in personam. Gajus giebt folgende Beschreibung derselben (III. §. 129.):

> A re in personam transcriptio fit, veluti si id quod ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero.

Nun hatte z. B. ein Kaufvertrag mit dem Kassabuch offenbar nicht eher etwas zu schaffen, als bis das Kaufgeld bezahlt wurde; wurde dasselbe aber nicht bezahlt, sondern creditirt, und in Folge dessen als expensum eingetragen, so mußte dieser fingirte Ausgabeposten beim Abschluß des Buches dergestalt störend einwirken, daß ein falscher Bestand zu Tage kam. Keller nimmt, um dieser Schwierigkeit zu entgehen, an, daß in diesem Falle das Kaufgeld gleichzeitig auch als fingirter Einnahmeposten eingetragen worden sei, so daß die transcriptio a re in personam ebenso wie die a persona in personam aus gleich hohem acceptum und expensum bestanden und auf eine fingirte Hin- und Herzahlung nur nicht zwischen verschiedenen, sondern zwischen denselben Personen hinausgelaufen sei. Diese Annahme hat große Wahrscheinlichkeit für sich und erklärt namentlich den für beide Fälle gemeinschaftlichen Ausdruck transcriptio, welche demnach als ein Ueberschreiben von der Einnahme- auf die Ausgabeseite zu verstehen wäre, so daß der Betrag nach modernem Ausdruck als ein durchlaufender Posten gebucht wurde. Indessen darf dieselbe nach dem Stande unserer Quellen doch nur den Werth einer wohlbegründeten Hypothese beanspruchen; den von Keller versuchten

7) Vergl. auch Cic. in Verrem lib. I. c. 39. Daß für die spätere Zeit unter rationes wirkliche Contocurrente zu verstehen sind, ergiebt sich freilich unzweideutig aus l. 4. §. 1. de edendo (2,13) und anderen Zeugnissen.

directen Beweis halte ich für ungenügend.[8]) Von seinen beiden Beweisstellen ist die eine (Cic. in Verrem lib. I. c. 36.) vielmehr, wie wir sehen werden, auf eine transcriptio a persona in personam zu beziehen; die andere (pro Rosc. com. c. 3.) würde allerdings hierher gehören, läßt aber eine andere viel näher liegende Deutung zu. Cicero wirft nämlich seinem Gegner vor, daß er das nomen des Roscius, um welches sich der Proceß dreht, nicht rechtzeitig aus den Adversarien in den Codex übertragen habe:

> Quam pridem hoc nomen, Fanni, in adversaria retulisti? Erubescit: quid respondeat, nescit: quid fingat extemplo, non habet. — Sunt duo menses jam, dices. — Tamen *in codicem acceptum et expensum referri debuit.* — Amplius sunt sex menses. — Cur tamdiu jacet hoc nomen in adversariis? Quid si tandem amplius triennium est? etc.

Keller glaubt acceptum et expensum referri hier von der Eintragung desselben Nomen in Einnahme und Ausgabe verstehen zu müssen. Viel wahrscheinlicher hat aber doch der Redner nur von der Uebertragung der gesammten Einnahme (acceptum) und Ausgabe (expensum) innerhalb der gewöhnlichen monatlichen Frist sprechen wollen.[9])

Ich habe bisher nur von den Eintragungen im Buche des Gläubigers gesprochen. Der Natur der Sache nach mußte jedes Geschäft im Buche des Schuldners in umgekehrter Gestalt erscheinen, also das nomen arcarium als ein einfaches acceptum, die transcriptio a re in personam, wenn wir bei der Kellerschen Annahme stehen bleiben, als acceptum und expensum für dieselbe Person, aber in umgekehrtem Sinne. Bei der transcriptio a persona in personam können wegen der Betheiligung mehrerer Personen verschiedene Combinationen eintreten, die ich später näher erörtern will.

Bei regelrechter Buchführung mußten natürlich die codices beider Theile einander controliren, wie etwa die beiden Stücke eines Kerbholzes. Das eigentlich obligatorische Element (nämlich bei den nomina transcriptica) war aber nur die expensilatio, das Stück, welches der Gläubiger in der Hand behielt, womit ihm also der Schuldner gebunden blieb, mochte er in seinem Buche thun was er wollte. Dies geht sowohl aus der Darstellung des Cicero (pro Rosc. com. c. 4. i. f. c. 5.) als aus Gajus mit Bestimmtheit hervor (insbesondere auch aus Gaj. III. §. 137.). Selbstverständlich war zur Entstehung einer wirksamen Obli-

8) Man könnte an sich die Sache z. B. auch so erklären, daß dergleichen nomina in irgend einer Form, die ihren Einfluß auf den Kassenabschluß verhinderte, nach unserer Redeweise ante lineam gebucht worden wären.

9) So versteht schon Grävius die Stelle. Warum fast alle späteren Herausgeber Emendationen vorgenommen haben, ist mir unbegreiflich.

gation auch der Consens des Schuldners erforderlich (obligatio litteris *contrahitur)*; wir haben aber keinen Grund zu der Annahme, daß dieser Consens an irgend eine Form gebunden war. Mit Bestimmtheit wissen wir aus Gaj. III. §. 138., daß er auch inter absentes erklärt werden konnte. Daß der Consens des Schuldners durch die einseitige Expensilation des Gläubigers nicht zugleich bewiesen werden konnte, bedarf kaum der Erwähnung und ergiebt sich aus Ciceros Rede pro Roscio c. 1. mit völliger Evidenz.

Daß nicht jede Expensilation eine Litteralobligation erzeugte, wie mit Recht Heimbach[10]) erinnert, geht aus dem Vorigen bereits hervor. Auch die nomina arcaria beruhten auf einem wirklichen expensum ferre; es darf daher nicht Wunder nehmen, daß die Expensilation auch unter den bloßen Beweismitteln für eine obligatorische Numeration aufgeführt wird.[11]) Dagegen scheint bei der umgekehrten Operation der Sprachgebrauch einen Unterschied zwischen der Eintragung einer baar empfangenen Summe und der Gutschrift einer fingirten Zahlung gemacht zu haben. Jene hieß einfach acceptum ferre oder acceptum facere, diese acceptum *re*ferre; und darin kann man denn vielleicht wieder eine Bestätigung der Kellerschen Annahme finden, daß im letzteren Falle der Posten gleichzeitig als expensum gebucht und hierauf durch den Ausdruck referre Bezug genommen sei. Am klarsten tritt dieser Unterschied in folgender Stelle hervor:

> Cic. in Verrem I. c. 39. Quod *minus* Dolabella Verri *acceptum retulit*, quam Verres illi expensum tulerit, H. S. quingenta triginta quinque millia; et quod *plus fecit* Dolabella Verrem *accepisse*, quam iste in suis tabulis habuit H. S. ducenta triginta duo millia, et quod *plus* frumenti *fecit accepisse* istum H. S. deciens et octingenta millia.

Hier bezieht sich offenbar der erste Satz auf Credit-, die folgenden auf Kassa-Geschäfte zwischen Verres und Dolabella.[12])

Der Ausdruck nomen facere ist wohl ganz allgemein von jeder Art der Eintragung zu verstehen, und deshalb auch nicht unbedingt auf nomina transcripticia zu beschränken. Bei den späteren Pandektenjuristen hat nomen überhaupt eine viel allgemeinere Bedeutung angenommen, und man würde gewiß fehlgehen, wenn man darunter immer bloß Buchschulden in dem ursprünglichen Sinne verstehen wollte. Doch

10) Die Lehre von dem Creditum S. 314.

11) z. B. Gellius noct. Att. 14. c. 2.

12) Man vergleiche über den Sprachgebrauch acceptum referre noch Cic. pro Rosc. com. c. 1. pro Fontejo c. 2. in Verrem I. c. 36. 39. in f. II. c. 70. Hirtius de bello Alexandrino c. 56. und l. 32. §. 2. ad SC. Vellejanum (16,1) l. 6. de manumissionibus (40,1).

wird auch noch in ſpäterer Zeit nomen facere häufiger von dem Gläubiger als von dem Schuldner geſagt.[13])

Die abweichenden Vorſtellungen, welche man ſich früher von dem ganzen Inſtitute zu machen pflegte, und welche auch ſeit der Savigny'ſchen Unterſuchung noch immer hie und da auftauchen, beruhen hauptſächlich auf der Darſtellung des Theophilus, welcher von dem alten Litteralcontract Folgendes berichtet (inst. III,21):

> ἡ δὲ λίττερις τὸ παλαιὸν τοιοῦτον ἐπεδέχετο ὅρον. λίττερις ἐστὶ τὸ παλαιὸν χρέος εἰς καινὸν δάνειον μετασχηματιζόμενον ῥήματι καὶ γράμματι τυπικῷ. εἰ γάρ τις ἐχρεώστει μοι ἑκατὸν νομίσματα ἀπὸ ἀγορασίας ἢ μισθώσεως ἢ δανείσματος ἢ ἐπερωτήσεως· πολλαὶ δὲ τῶν χρεῶν προφάσεις· ἐβουλόμην δὲ τοῦτον ὑπεύθυνον ποιῆσαι τῇ λίττερις ἐνοχῇ, ἀνάγκη ἦν ταῦτα λέγειν καὶ γράφειν τὰ ῥήματα, ἅτινα καὶ ἐλέγετο καὶ ἐγράφετο· τοὺς ἑκατὸν χρυσίους, οὓς ἐμοὶ ἐξ αἰτίας μισθώσεως χρεωστεῖς, σὺ ἐκ συνθήκης καὶ ὁμολογίας δώσεις τῶν οἰκείων γραμμάτων; εἶτα ἐνεγράφετο ὡς ἀπὸ τοῦ ἐνόχου ἤδη γενομένου ἐκ τῆς μισθώσεως ταῦτα τὰ ῥήματα· ἐκ τῆς συνθήκης ὀφείλω τῶν οἰκείων γραμμάτων. καὶ ἡ μὲν πρότερα ἐνοχὴ ἀπεσβέννυτο, καινότερα δὲ ἐτίκτετο τοιαύτη ἡ λίττερις. αὕτη δὲ ἐκ τοῦ ἐν γράμμασιν εἶναι τὴν ὀνομασίαν ἐδέξατο. σήμερον δὲ ταῦτα οὐκ ἔστιν ἐν χρήσει.

Hiernach wäre mit der Schriftform eine mündliche Rede und Gegenrede verbunden geweſen: quod mihi ex causa locationis debes, dabis ex fide librorum domesticorum? ſo daß die libri domestici dabei eine ganz untergeordnete Rolle geſpielt hätten. Dieſe ganze Nachricht widerſpricht allen unſern ſonſtigen Ueberlieferungen und beruht offenbar auf einer Verwechſelung mit gewiſſen typiſchen Stipulationsformeln, welche in ſpäterer Zeit ebenfalls regelmäßig in Form einer ſchriftlichen cautio redigirt wurden. Sie verdient deshalb um ſo weniger Glauben, als der Gegenſtand für Theophilus bereits eine Jahrhunderte zurückliegende Antiquität bildete. Schon zu Ciceros Zeit war der Gebrauch der codices accepti et expensi offenbar im Verfall begriffen,[14]) und bei Gajus haben wir denſelben wahrſcheinlich bereits auf die Argentarien beſchränkt zu denken. Wenigſtens muß die Schilderung, die Gajus (IV. §§. 64—68.) von einer actio *qua argentarius experitur* entwirft, offenbar auf die certi petitio aus einer Expenſilation bezogen werden.

13) l. 52. pr. de peculio (15,1), l. 12. §. 15. mandati (17,1), l. 16. 39. §. 14. de administratione et periculo tutorum (26,7), l. 34. §. 1. de legatis III. (32,1), l. 41. §. 17. de fideicommissariis libertatibus (40,5), verglichen mit l. 4. §. 1. de peculio (15,1) pr. inst. de litterarum obligatione (3,22).

14) Cic. pro Roscio com. c. 1. Non conficit tabulas? Immo diligentissime.

§. 16. Abſtracte Natur der nomina. Die transcriptio a persona in personam.

Die nomina transcripticia waren hiernach in der Hauptſache abſtracte Geldſchulden. Wenige Spuren in den Quellen weiſen darauf hin, daß außer certa pecunia auch Getreide und andere fungible Sachen einer gleichen Behandlung fähig waren.

Cic. in Verrem I. c. 39. Siehe vorher S. 85.

Gaj. IV. §. 66.

Jedenfalls waren dieſe Fälle von ebenſo untergeordneter Bedeutung, wie das Darlehn an ähnlichen Objecten. »Die Expenſilation bewirkte, daß »irgend ein Rechtsverhältniß zwiſchen den Partheien ſo behandelt werden »ſollte, als ob es ein Geldbarlehen wäre.« [1]) Der Litteralcontract erzeugte ein fingirtes Geldbarlehen, aus welchem wie aus dem wirklichen Darlehen die condictio certi gegeben wurde, mit der ganz allgemeinen Formel si paret *centum dare oportere*. Die Eintragung wirkte formell obligatoriſch; die Schuld wurde dadurch von ihrem Entſtehungsgrunde losgelöſt, und dieſer in das Verhältniß der causa zurückgedrängt, welche höchſtens indirect zur Anfechtung der formell gültigen Obligation benutzt werden konnte.

In dieſer Beziehung ſteht die Expenſilation auf gleicher Linie mit der Stipulation. Von der freieren und biegſameren Form des Verbalcontracts unterſchied ſie ſich aber dadurch, daß ſie gar nicht im Stande war, die materielle Grundlage des Geſchäfts in ſich aufzunehmen, ſondern auf das nackte dare oportere mit Nothwendigkeit beſchränkt blieb. Auch andere Modificationen des Inhalts, namentlich Bedingungen, waren ausgeſchloſſen:

Vat fr. §. 329. Sub conditione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur, aut *acceptum vel expensum fertur*.

Dagegen war allerdings die Beifügung eines dies zuläſſig, wofür unter Anderen die folgende meiſtentheils mißverſtandene Stelle Zeugniß giebt:

Cic. ad. div. lib. 7. ep. 23. — accepi Aviani litteras; in quibus hoc inerat liberalissimum, *nomina se facturum* cum venisset, *quo ego vellem die*.

Man hat hier gewöhnlich dies von dem Tage des Geſchäftsabſchluſſes verſtanden, und darauf Schlüſſe für die Nothwendigkeit der Mitwirkung des Schuldners bei der Expenſilation gebaut. Die Fortſetzung des Briefes ergiebt aber ganz klar, daß Cicero von einem Zahlungstermine ſpricht. Er hatte dem Fabius Gallus, an den der Brief gerichtet iſt,

1) Savigny, Verm. Schriften Bd. I. S. 236. Vergl. Syſtem Bd. V. S. 527 folg.

Auftrag zum Ankauf von Statuen und Gemälden gegeben, und beschwert sich über verschiedene Ueberschreitungen, die ihn genöthigt hatten, den Verkäufer Avianus um längeren Credit zu bitten; die Liberalität desselben, von der in der obigen Stelle die Rede ist, bestand also in nichts Anderem, als eben in der Gewährung dieses Credits.

Am wenigsten läßt sich das Verhältniß zwischen Hauptschuld und Zinsen bei der Litteralobligation aufklären. Daß die nomina in der Regel verzinsliche Kapitalien waren, müssen wir unzweifelhaft annehmen, da expensum ferre häufig geradezu mit foenerare synonym gebraucht wird. Da eine incerti obligatio bei dem Litteralcontract nicht denkbar ist, kann die Zinsenobligation hier nicht wie bei der Stipulation auf einem besonderen obligatorischen Fundament beruht haben, wenn man nicht annehmen will, daß der Zinsen wegen jedesmal eine Stipulation eingegangen sei. Die wahrscheinlichste Annahme ist wohl die, daß die Zinsen in irgend einer Form dem Kapital zugeschrieben wurden.

Die abstracte Natur der nomina transcripticia fand jedenfalls auch in dem Inhalte der Buchungen ihren entsprechenden Ausdruck, der sich wahrscheinlich im Wesentlichen auf die Summe und die Person des Gläubigers beschränkte. Damit steht keineswegs im Widerspruch, daß bei regelrechter Buchführung der Codex accepti et expensi auch über materielle Rechtsgeschäfte aller Art Auskunft geben mußte. Vermöge seiner Einrichtung als Kassabuch mußte er nämlich sowohl in Einnahme, als in Ausgabe eine Menge Posten aufnehmen, welche gar keinen obligatorischen Effect hatten, und also gar keine nomina waren, weder arcaria noch transcripticia, z. B. baar bezahltes Kaufgeld, Miethe und dergleichen. Natürlich mußten sich solche Posten von den nominibus schon ihrer äußeren Erscheinung nach unterscheiden, eben um die nomina als solche kennbar zu machen. Unzweifelhaft wurde diese Unterscheidung dadurch bewirkt, daß bei den nicht obligatorischen Ausgabe- und Einnahmeposten die Veranlassung dazu mit in die Bücher eingetragen, und so ihre eigentliche Natur erläutert wurde. Mit Recht konnte daher Cicero von Verres verlangen,[2]) daß er aus seinen Büchern nachweisen solle, die aus Sicilien entführten Statuen und Gemälde gekauft, d. h. bezahlt zu haben. Die wirklichen nomina dagegen wurden aller Wahrscheinlichkeit nach ohne causa debendi gebucht. Bei den nominibus arcariis wurde dieselbe dadurch ersichtlich, daß aus dem Fehlen eines mit dem expensum gleichwerthigen acceptum, aus der unterbliebenen transcriptio eine Numeration hervorging. Bei der transcriptio a persona in personam kam dieselbe gar nicht zu Tage, z. B.

> erant acceptae pecuniae a C. Verrutio C. F. (Cic. in Verrem II. c. 76. vergl. oben S. 82.)

2) In Verrem I. c. 23.

expensa Chrysogono servo H. S. sexcenta millia, accepta pupillo Malleolo rettulit (ibid I. c. 36.).

Allerdings aber war dies bei der transcriptio a re in personam der Fall. Wenn wir nämlich mit Keller annehmen, daß diese ebenfalls aus einem expensum und einem acceptum über dieselbe Summe bestand, so hatte von diesen beiden Posten nur der eine (im Codex des Gläubigers das expensum) die Natur eines nomen, der andere (im Codex des Gläubigers das acceptum) war eine historische, nicht obligatorische Eintragung, und deshalb mit dem Vermerk des Entstehungsgrundes versehen. Etwas Aehnliches würde sich bei jeder anderen Hypothese über die Art der Buchung ergeben. Hier schimmert also die causa debendi auch in der eigentlichen Litteralobligation durch, um so mehr, da gewiß das zu Grunde liegende Rechtsverhältniß auch bei der Beweisführung über den Consens des Schuldners benutzt zu werden pflegte, wie z. B. in dem Processe des Roscius. Durch diese Eigenthümlichkeit der transcriptio a re in personam wird es auch verständlich, daß dieselbe von den Sabinianern für juris gentium gehalten wurde, während die transcriptio a persona in personam unzweifelhaft juris civilis war (Gaj. III. §. 133.). Endlich kann dieser Umstand auch darüber einige Aufklärung geben, wie Theophilus, dessen Darstellung sich gerade auf die transcriptio a re in personam beschränkt, durch unklare Tradition richtiger Thatsachen zu dem vorhin gerügten Mißverständnisse verleitet werden konnte.

Aus diesen Betrachtungen erklärt sich auch ein Umstand, auf den schon Savigny[3]) aufmerksam gemacht hat. Man konnte einer Eintragung gar nicht ansehen, ob sie credendi oder solvendi causa geschehen war. Deshalb gab es neben der Expensilation keinen correspondirenden Tilgungsact, wie neben dem alten Nexum die solutio per aes et libram, neben der Stipulation die Acceptilation. Die Expensilation war selbst obligatorischer und liberatorischer Act zugleich. Das Object der Klage war demgemäß immer nur der Saldo, der sich aus den Operationen nach beiden Seiten für den einen Betheiligten ergab, während eigentlich Beide als Gläubiger und Beide als Schuldner aufgefaßt wurden. Es wurde, wie Gajus (IV. §. 64.) erzählt, cum compensatione geklagt, mit der Formel: si paret Titium sibi X. milia dare oportere amplius quam ipse Titio debet. Denn was Gajus hier von der Klage des argentarius berichtet, darf doch wohl für die ältere Zeit von der Klage aus dem Litteralcontract im Allgemeinen verstanden werden.

Vermöge dieser abstracten, formell obligatorischen Natur des Litteralcontracts war derselbe offenbar überhaupt im Stande, ebenso wie die

3) Verm. Schriften I. S. 223.

Stipulation, jeder beliebigen rechtlichen Function, alſo dem solvere, credere, donare zu dienen. Dieſe Auffaſſung der Sache hat namentlich Savigny ſchon vor der Entdeckung des Gajus ausgeſprochen, und auch nach derſelben wiederholt vertreten.[4]) Gleichwohl ſind die meiſten Bearbeiter dieſer Lehre, verleitet durch die Darſtellung des Theophilus und die Beiſpiele des Gajus, bei der Behauptung ſtehen geblieben, die nomina transcripticia hätten immer eine Novation enthalten.[5]) Dies iſt nun zunächſt ein ganz unrichtiger Ausdruck für den Streitpunkt; mit der Novation hat der Litteralcontract, wie wir ſehen werden, gar nichts zu thun, dieſe konnte vielmehr niemals anders als durch Stipulation zu Stande kommen. Die Frage darf alſo nur ſo geſtellt werden: Konnte eine Litteralobligation nur solvendi causa oder auch credendi causa (ob causam futuram) und donandi causa eingegangen werden? Nicht nur aus allgemeinen Gründen, ſondern auch nach ſpeciellen Quellenzeugniſſen muß man ſich für die letztere Alternative entſcheiden. Zwar glaube ich nicht, daß ſich ein ſolcher directer Beweis für die transcriptio a re in personam führen läßt, wohl aber iſt dies für die transcriptio a persona in personam möglich. Savigny hat ſich für jene Gattung der nomina transcripticia auf eine Erzählung bei Valerius Maximus (VIII. 2. §. 2.) bezogen, worin er einen Litteralcontract ſchenkungshalber findet:

> C. Visellius Varro — ab Otacilia Laterensi expensa ferri sibi passus est eo consilio, ut si decessisset, ab heredibus eam summam peteret, *libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando.*

Hier iſt aber offenbar von einem ſimulirten, nicht fingirten, Darlehen, alſo von einem nomen arcarium die Rede, und wir haben uns die Abweiſung der Klage, von welcher weiter berichtet wird, nicht auf Grund einer exceptio doli oder legis Cinciae, wie Savigny annimmt, ſondern wegen mangelnden Beweiſes der Numeration erfolgt zu denken.

Die transcriptio a persona in personam iſt nun aber gerade diejenige Buchoperation, welche uns wegen der dadurch bewirkten Delegation am meiſten intereſſirt und deshalb jetzt überhaupt noch einer näheren Betrachtung unterzogen werden ſoll. Wir müſſen uns vergegen-

4) Verm. Schriften Bd. I. S. 223 folg., 229 folg., 250 folg.

5) Unterholzner, Archiv für die civiliſtiſche Praxis Bd. VII. S. 51, Anm. 40. Krant de argentariis p. 91. Schmidt observationes quaedam de litterarum obligatione in ſeiner Ausgabe der Rede pro Roscio p. 14—21. Huſchke in einer Recenſion von Schmidt in Richters und Schneiders kritiſchen Jahrbüchern für Deutſche Rechtswiſſenſchaft, Bd. VII., S. 481—499. Heimbach, die Lehre vom Creditum S. 309 folg. Unterholzner hat ſich ſpäter (Schuldverhältniſſe I. S. 42) der Savignyſchen Anſicht genähert. Für dieſe hat ſich neuerdings auch Schleſinger: Zur Lehre von den Formalcontracten, S. 65, ausgeſprochen.

wärtigen, daß es sich dabei um ein zusammengesetztes Geschäft zwischen mindestens drei Personen handelt, welches eine materielle causa in doppelter Richtung, für die Valuta und für die Deckung, voraussetzt. Um diese doppelte Beziehung genauer verfolgen zu können, haben wir uns zunächst klar zu machen, in welcher äußeren Gestalt ein solches zusammengesetztes Geschäft durch die Form des Litteralcontracts zur Erscheinung kommt. Ich beginne mit dem einfachsten Fall: A. ist Schuldner des B. auf 100 und Gläubiger des C. zu gleichem Betrage, und zwar sind beide Obligationen nomina und als solche in den Büchern eingetragen; nun will A. den C. zahlungshalber dem B. delegiren, also Valuta und Deckungsvertrag sind beide liberatorisch. Diese Operation wird nun so ausgeführt:

1. A. stellt dem B. 100 ins expensum, B. ihm ebensoviel ins acceptum, dadurch wird die Obligation zwischen A. und B. getilgt.
2. C. stellt dem A. 100 ins expensum, A. ihm ebensoviel ins acceptum, dadurch wird die Obligation zwischen C. und A. getilgt.
3. B. stellt dem C. 100 ins expensum, C. ihm ebensoviel ins acceptum, dadurch kommt das neue nomen zwischen B. und C. zu Stande.

Jeder der drei Betheiligten nimmt also in seinem codex eine transcriptio a persona in personam vor; die ganze Handlung findet ohne Veränderung des Kassenbestandes bei irgend einem der Betheiligten statt. So haben wir uns offenbar das Beispiel des Gajus zu vervollständigen, der nur von der Transscription in den Büchern des Delegatars spricht:

> Gaj. III. §. 130. A persona in personam transcriptio fit veluti si id quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, *id est si Titius te delegaverit mihi.*

Nun will ich die Voraussetzungen des Falles modificiren: A. ist noch Schuldner des B., hat aber kein Guthaben bei C.; gleichwohl will er den C. zahlungshalber dem B. delegiren, weil C. bereit ist, ihm auf 100 Credit zu geben; also der Valutavertrag ist liberatorisch, der Deckungsvertrag obligatorisch. Nichtsdestoweniger geht die ganze Operation in gleicher Weise vor sich, wie im vorigen Falle, nur daß die das Verhältniß zwischen C. und A. (oben ad 2) berührenden Buchungen jetzt credendi nicht solvendi causa geschehen. Das Beispiel des Gajus, in welchem des Deckungsvertrages keine Erwähnung geschieht, kann ganz ebensogut auch auf diesen zweiten Fall gedeutet werden.

Endlich wollen wir uns folgenden Fall denken: A. ist weder Schuldner des B., noch Gläubiger des C., sondern A. will von B. Credit nehmen, den ihm dieser, etwa weil ihm A. nicht bekannt oder nicht sicher genug ist, nicht direct gewähren will; wohl aber ist B. bereit, dem C. Credit

zu gewähren. Zu dem Ende delegirt A. den C. an B. auf 100, und geſtattet wiederum dem C., ihn zu ſeiner Deckung mit 100 zu belaſten. Hier iſt ſowohl der Valutavertrag als der Deckungsvertrag obligatoriſch, dennoch iſt wiederum die äußere Erſcheinung des Geſchäfts ganz dieſelbe, wie in den vorigen Fällen, nur daß jetzt alle Buchungen credendi causa geſchehen. Nach vollendeter Operation hat A. allerdings kein baares Geld erhalten, aber er hat ein Guthaben bei B. gewonnen, über welches er nach Gefallen disponiren kann.

Bisher habe ich vorausgeſetzt, daß es ſich bei der ganzen Delegation nur um Litteralobligationen, ſei es bereits vorhandene, ſei es neu einzugehende, handelte. Dies iſt offenbar nicht nothwendig; nehmen wir z. B. in unſerem erſten Beiſpiel an, A. habe den C. delegiren wollen, um dem B. eine Kaufgeldſchuld, die noch gar nicht in dem codex accepti et expensi ſtand, zu bezahlen. Dann können wir uns den Hergang, wenn wir ihn vollſtändig analyſiren wollen, nur ſo denken, daß die Kaufgeldſchuld zuvörderſt durch transcriptio a re in personam in ein nomen verwandelt und dann die Delegation ganz ſowie vorhin vollzogen wurde. In einem ſolchen Falle würden alſo A. und B. zwei Transſcriptionen, eine a re in personam und eine a persona in personam haben vornehmen müſſen, von denen wir uns aber ebenſogut denken können, daß ſie in einer combinirten Buchung vereinigt wurden. Ganz daſſelbe Verhältniß tritt auch dann ein, wenn die Delegation ſchenkungshalber vorgenommen wird.

Alle jene Combinationen, die wir oben für die Delegation im Allgemeinen kennen gelernt haben, ließen ſich alſo auch in der Form des Litteralcontracts reproduciren; und da dieſer gegenüber der Stipulation zugleich die Bequemlichkeit gewährte, inter absentes geſchloſſen werden zu können, ſo war er beſonders dazu geeignet, Creditgeſchäfte von Ort zu Ort zu vermitteln, und dadurch dem Verkehr ähnliche Dienſte zu leiſten, wie der heutige Wechſel. Wir müſſen uns dergleichen complicirte Buchoperationen offenbar als etwas ganz Gewöhnliches bei den Römern denken, von denen wir ja auch ſonſt wiſſen, daß ſie ihre Geldgeſchäfte durch Vermittelung von Argentarien abzuwickeln pflegten. Grade für ſolche des Credits halber eingeſchobene Zwiſchenperſonen, wie vorhin in unſerem dritten Falle vorausgeſetzt ſind, hatten ſie ſogar einen techniſchen Ausdruck. Dieſe hießen, wie wir aus zwei intereſſanten Stellen des Seneca erfahren, pararii:[6])

6) Gewöhnlich werden dieſe pararii als ſolche Perſonen verſtanden, welche bei dem Geſchäfte ſelbſt unbetheiligt, daſſelbe nur des Beweiſes halber in ihre Bücher eingetragen haben ſollen. Die Unzuläſſigkeit dieſer Annahme wird im folgenden Paragraphen beſprochen werden. Der im Text vertretenen Anſicht nähert ſich bereits Huſchke (Richters Jahrbücher Bd. IV. S. 490).

Sen. de beneficiis III. c. 15. Utinam nulla stipulatio emptorem venditori obligaret, nec paçta conventaque impressis signis custodirentur! fides potius illa servaret et aequum colens animus! adhibentur ex utraque parte testes; ille *per tabulas plurium nomina interpositis parariis facit;* ille non est interrogatione contentus, nisi rem manu sua teneat.

ibid. II. c. 13. Quidam nolunt *nomina secum fieri, nec interponi parariis*, nec signatores advocari nec chirographa dare.

In welcher Weiſe eine ſolche interpositio ausgeführt wurde, ergeben am klarſten die bereits oben erwähnten Operationen des Carpinatius. Von dieſem erzählt Cicero (in Verrem II. c. 70.):

pecuniam iis, quae ab isto aliquid mercabantur, foenori dabat. ea autem foeneratio erat hujusmodi, judices, ut etiam hic quaestus huic cederet. nam, *quas pecunias iis ferebat expensas quibuscum contrahebat, aut scribae istius, aut Timarchidi, aut etiam ipsi referebat acceptas.*

Heimbach (Creditum S. 318) hat ſich verleiten laſſen, dieſe Stelle auf Kaſſageſchäfte zu deuten, weil Cicero an einem anderen Orte (II. c. 76.) ſagt, multis nominibus eos homines versuram a Carpinatio fecisse, qui pecuniam Verri dedissent. So gewiß nun aber Carpinatius auch baares Geld zur Beſtechung des Verres ausgeliehen haben mag, ſo unzweifelhaft wird uns doch hier eine bloße Creditoperation beſchrieben, welche in ſeinen Büchern als eine transcriptio a persona in personam zu Tage kam. Verres nahm ebenſo gern gute Anweiſungen, wie baares Geld, und Carpinatius als gefälliger Unterhändler ſtellte für ſolche Fälle ſeinen Credit zur Dispoſition, indem er ſich zugleich als pararius gebrauchen, d. h. dem Verres delegiren ließ. Wir haben alſo hier das Beiſpiel einer Delegation per expensilationem, deren Deckungsvertrag obligatoriſch, und deren Valutavertrag Schenkung (Beſtechung) iſt.

Die Delegation gewährte in dieſer Anwendung zugleich den Vortheil, daß die Einreden aus dem urſprünglichen Geſchäft abgeſchnitten wurden, und daß daſſelbe überhaupt nicht zu Tage kam. Beide Gründe machten ſie gerade wie heutzutage den Wechſel geeignet, anſtößige Transactionen zu verſchleiern. Ein vielbeſprochenes Beiſpiel dieſer Art erzählt Cicero ad Atticum IV. ep. 18.

Consules flagrant infamia, quod C. Memmius candidatus *pactionem in senatu recitavit*, quam ipse et suus competitor Domitius cum consulibus fecissent, uti ambo H. S. quadragena consulibus darent, si essent ipsi consules

facti, nisi tres augures dedissent qui se affuisse dicerent, cum lex curiata ferretur, quae lata non esset; et duo consulares, qui se dicerent in ordinandis provinciis consularibus scribendo affuisse, cum omnino ne senatus quidem fuisset. *Haec pactio non verbis, sed nominibus et perscriptionibus, multorum tabulis cum esse facta diceretur*, prolata a Memmio est *nominibus inductis* auctore Pompejo.

Daß der ganze Vertrag mit allen ſeinen anſtößigen Klauſeln nicht in die Bücher des Memmius eingetragen war (wie ſelbſt Heimbach Creditum S. 247 annimmt) und noch weniger in die multorum tabulae, verſteht ſich von ſelbſt. Vielmehr hatten die beiden Candidaten den Conſuln die Beſtechungsſumme durch nomina transcripticia ſchon vorweg zur Dispoſition geſtellt, ſich aber durch eine beſondere ſchriftliche pactio geſichert, um ſchlimmſtenfalls das Geld condiciren zu können. Nachdem es zwiſchen beiden Theilen zum Bruch gekommen war, hatten die Conſuln die nomina löſchen (inducere) laſſen, die ja ohnedies keinen Werth mehr für ſie hatten, weil ſie die Bedingung, si essent consules facti, nicht mehr zur Erfüllung kommen laſſen wollten, die aber gegen ſie als Beweisſtücke dienen konnten. Nun aber machte Memmius von der in ſeinen Händen verbliebenen pactio Gebrauch. Nominibus inductis kann gewiß nicht, wie gewöhnlich geſchieht, ſo verſtanden werden, daß Memmius aus Schonung die Namen der Conſuln ausgeſtrichen hätte, in demſelben Augenblicke, wo er dieſelben durch Mittheilung des Inhalts auf das ſchonungsloſeſte an den Pranger ſtellte. Vielmehr wird die obige Auslegung auch dadurch unterſtützt, daß die ganze Einkleidung des Geſchäfts in nomina nur auf der Behauptung des Memmius beruhte (nominibus esse facta *diceretur*). Die ganze Erzählung ergiebt deutlich genug, daß gar keine Bücher, ſondern nur eine Urkunde producirt wurde.

Schließlich verdient in dieſem Zuſammenhange noch die bereits oben erwähnte, beſonders von Keller ausführlich erörterte Stelle bei Cicero in Verrem I. c. 36. Erwähnung. Verres hatte die Erbſchaft des Quäſtor C. Malleolus, für deſſen unmündigen Sohn er Vormund war, als gute Beute behandelt, ſah ſich aber auf Andringen der Verwandten genöthigt, der Sache nachträglich den Schein ordnungsmäßiger Verwaltung zu geben, und nahm zu dem Ende eine Fälſchung in ſeinen eigenen Büchern vor, welche ſo beſchrieben wird:

in codicis extrema cera nomen infimum in flagitiosa litura fecit: expensa Chrysogono servo H. S. sexcenta millia, accepta pupillo Malleolo rettulit.

Zunächſt handelt es ſich hier offenbar um einen verſpäteten Nachtrag zu einer bereits abgeſchloſſenen Monatsrechnung, weshalb Verres genöthigt

war, ihn an den Schluß desselben zu bringen. Der Inhalt des nomen war einerseits unzweifelhaft eine Gutschrift für den Pupillen Malleolus, welche nur bei Weitem nicht den Betrag der Erbschaft erreichte. Diese mußte, um den in die ferneren Monatsrechnungen bereits übertragenen Abschluß nicht zu alteriren, durch ein gleich hohes expensum ausgeglichen werden. Die Schwierigkeit besteht nur darin, nachzuweisen, wie Verres durch eine Expensilation auf den Namen des Chrysogonus die Sache in scheinbare Ordnung bringen wollte. Keller hält diesen Chrysogonus gewiß mit Unrecht für einen Sclaven des Malleolus; es liegt viel näher, bei der auch durch den Commentar des Pseudo-Asconius bestätigten Annahme stehen zu bleiben, daß es ein Sclave des Verres war. Der Hergang, den Verres durch seine Bücher scheinbar machen wollte, ist so zu denken, daß Chrysogonus die ganze Regulirung der Erbschaft ausgeführt und seinem Herrn schließlich den Betrag derselben in seinen Peculiarrechnungen gutgeschrieben hatte; diesem acceptum des Chrysogonus für den Verres mußte nun ein expensum in den Büchern des Verres entsprechen, welches, da es nicht für eigene Rechnung ging, zugleich auf den Namen des jungen Malleolus transcribirt wurde. Durch diese Einkleidung in eine transcriptio a persona in personam gewann Verres die doppelte Möglichkeit, einmal den Posten auch im expensum ohne Angabe der causa zu buchen, sodann dem Chrysogonus die Verantwortlichkeit für die verübten Unterschlagungen aufzubürden. Es sollte so aussehen, als ob er mit der Sache persönlich gar nichts zu thun gehabt, sondern sie untergeordneten Geschäftsleuten überlassen hätte. Da er in Wahrheit von dem Chrysogonus nichts zu fordern hatte, wurde er nun allerdings durch die bloße Eintragung um 600,000 Sesterzen ärmer; dies war aber eben der Betrag, den er von seinem unrechtmäßigen, bis dahin als extraordinaria pecunia behandelten, Erwerbe herauszugeben für gut fand.

§. 17. Subjective Beschränkung der nomina auf die Person des Gläubigers und Schuldners. Unmöglichkeit eines Correalverhältnisses durch Litteralcontract. Die nomina transcripticia stehen dem baaren Gelde gleich.

Ebenso beschränkt wie der objective Inhalt der nomina transcripticia, waren nun aber auch ihre subjectiven Beziehungen. Jede Betheiligung einer dritten Person außer dem Gläubiger und Schuldner war bei dem Litteralcontract vollständig ausgeschlossen. Ich muß hier namentlich in zwei Punkten weit verbreiteten Irrthümern entgegentreten.

Zunächst ſpukt noch bei faſt allen Bearbeitern dieſer Lehre die Vorſtellung, daß nomina oder wohl gar vollſtändige Contracte in die Hausbücher dritter Perſonen, namentlich der Argentarien, des Beweiſes halber eingetragen worden ſeien. Dies iſt eine mit der richtigen Einſicht in die Natur der codices accepti et expensi völlig unverträgliche Annahme. Wenn dieſe, wie wir geſehen haben, Kaſſabücher waren, ſo gehörten ſelbſtverſtändlich nur ſolche Eintragungen hinein, welche das Vermögen des Buchführers ſelbſt berührten, alſo nomina nur dann, wenn er auf der einen oder der anderen Seite im Obligationsnexus ſtand. Jene Anſicht kann denn auch nur für Diejenigen als beglaubigt gelten, die überall, wo einmal von multorum tabulis die Rede iſt, an ſolche Eintragungen beweiſeshalber denken, ohne auch nur den Verſuch zu machen, nach der Veranlaſſung zu der Betheiligung dritter Perſonen zu forſchen. Einige hierher gehörige Stellen (Sen. de benef. II. 13., III. 15. Cic. ad Att. IV. 18.), die von Delegationen ſprechen, habe ich bereits eben berührt. Vollends unzutreffend iſt Cic. in Verr. II. c. 7., wo von einem gewiſſen Dio aus Haleſia geſagt wird:

> multis viris, primariis testibus, *multorumque tabulis* vobis priore actione satisfactum est, H. S. undecies numeratum esse,

denn an einer früheren Stelle (lib. I. c. 10.) ſind dieſe tabulae mit klaren Worten als die Bücher derjenigen Perſonen bezeichnet, welche dem Dio Geld gegeben hatten, um den Verres zu befriedigen. Es bleibt noch eine Stelle übrig, deren Beweiskraft allerdings unbeſtreitbar ſein würde, wenn ſie nicht auf einer bloßen Conjectur beruhte:

> Cic. pro Rosc. c. 1. Solent fere dicere, qui per tabulas homines .... citi pecuniam expensam tulerunt: Egone talem virum corrumpere potui, ut mea causa falsum in codicem referret?

homines .... citi iſt die handſchriftliche Lesart, daraus haben die Herausgeber hominis mit einem unſchuldigen Beiſatz alieni, honesti oder dergl., alſo einen zuverläſſigen Dritten gemacht, der die Expenſilation in ſeinen Büchern vorgenommen haben ſoll. Die Lesart homines iſt aber vielmehr beizubehalten, ſo daß die Stelle folgenden Gedankengang darſtellt. Der Redner will die Glaubwürdigkeit der von dem Kläger zum Beweiſe für ſich producirten eigenen Bücher entkräften. Zu dem Ende improviſirt er eine dem Richter höchſt geläufige Scene, um ſie gleich nachher mit bitterem Hohne auf Koſten ſeines Gegners zu parodiren. Dieſe Scene iſt nun offenbar nichts Anderes, als die alte Geſchichte von dem Schuldner, der mehr geſchrieben als bekommen hat, und ſeine eigene — hier in den tabulis enthaltene — Schrift gegen ſich

gelten lassen muß. Die *homines* mit dem fehlenden Epitheton[1]) sind wucherische Gläubiger; talis *vir* ist der geprellte Schuldner; *per tabulas* pecuniam expensam ferre (ohne Beisatz) heißt durch bloße Schrift, ohne Numeration, Schulden contrahiren; in codicem *re*ferre bedeutet soviel wie acceptum referre, die dem expensum entsprechende Gutschrift des Schuldners. Jedes Wort des Satzes ist mit draftischer Ironie gefärbt, durch welche auch das Folgende erst seine charakteristische Bedeutung erhält.

Von größerem Gewicht ist der zweite Punkt, den ich zu besprechen habe, nämlich die Ansicht, daß durch nomina transcripticia ein Correalverhältniß habe hervorgebracht werden können. Diese Behauptung hat die Autorität von Savigny[2]) für sich, der sich die Sache so denkt, daß zwei Gläubiger einen Schuldner oder ein Gläubiger zwei Schuldner für dieselbe Forderung habe eintragen können. Auch dies halte ich für einen entschiedenen Irrthum. Zuvörderst widerspricht es wiederum der Einrichtung der Bücher, welche für jeden correus, sei es credendi oder debendi, die Ausgleichung des Postens durch ein gleichwerthiges acceptum erfordert, und dadurch nothwendig im Resultate zu einer Verdoppelung des nomen geführt haben würde. Aber auch aus andern Gründen ist die Annahme von vorn herein sehr unwahrscheinlich. Hätte eine solche Form für principale Correalverbindlichkeit existirt, so würde sie sich mit gleicher Bequemlichkeit auch für accessorische Verbindlichkeiten haben benutzen lassen, wie die sponsio, fidepromissio, fidejussio. Bei den ausführlichen Nachrichten, die wir über diesen Gegenstand bei Gajus (III. §§. 155. seqq.) namentlich auch über das Eingreifen der Gesetzgebung im älteren römischen Recht haben, wäre es sehr zu verwundern, wenn wir jede Spur davon aus der älteren Zeit verloren haben sollten. Die einzigen Zeugnisse, auf welche sich Savigny zu stützen vermag, sind aber zwei noch dazu einem sehr späten Juristen, dem Paulus, entnommene Pandektenfragmente:

> l. 9. pr. de pactis (2,14.) Si plures sint, qui eandem actionem habent, unius loco habentur. Utputa si plures sint rei stipulandi, vel plures *argentarii, quorum nomina simul facta sunt*, unius loco numerabuntur, quia unum debitum est.
>
> l. 34. pr. de receptis (4,8). Si duo rei sint aut credendi aut debendi, et unus compromiserit, isque vetitus sit petere, aut ne ab eo petatur, videndum est, an si alius petat, vel si ab alio petatur, poena compromittatur? *Idem in duobus argentariis, quorum nomina simul eunt.*

1) Etwa periti, experti oder auch ironisch meriti, honesti.

2) Obligationenrecht I. S. 148 folg.

Ich glaube, daß wenige exegetiſche Bemerkungen genügen werden, um die Beweiskraft dieſer beiden Stellen zu beſeitigen. Nach einem ſehr conſtanten Sprachgebrauche iſt überall, wo das Wort nomen mit dem Genitiv einer Perſon verbunden wird, dies die Perſon des Schuldners, nicht des Gläubigers.[3]) Nomina alicujus ſind alſo Jemandes Paſſiva, nicht ſeine Activa; und argentarii quorum nomina simul facta sunt oder simul eunt demgemäß Argentarien, deren Paſſiva gemeinſchaftlich ſind. Nun iſt aber wenigſtens in der erſten der beiden Stellen nur von correis credendi die Rede; die gemeinſame Beziehung der plures argentarii beſteht alſo hier nicht in dem einzelnen gerade vorliegenden Fall, ſondern muß ganz allgemein aufgefaßt werden. Mit andern Worten: die in beiden Stellen faſt übereinſtimmend wiederkehrende Phraſe iſt nur eine Umſchreibung für den ſonſt üblichen Ausdruck argentarii socii. Daß dieſe Auslegung an ſich außerordentlich nahe liegt, hat auch Savigny wohl gefühlt, und nur um deßhalb eine andere für nothwendig gehalten,[4]) weil aus dem Fortgange der zweiten Stelle hervorgehen ſoll, daß die beiden Argentarien socii ſein könnten, oder auch nicht. Auch dies Bedenken ſchwindet bei näherer Betrachtung. Denn die Fortſetzung ſchließt ſich offenbar an den Eingang der Stelle an, wo von duo rei ganz allgemein geſprochen wird, und der Satz: Idem in duobus argentariis, quorum nomina simul eunt iſt ein nur auf einen Theil des Ganzen bezügliches Einſchiebſel, ganz ebenſo wie dies Savigny ſelbſt für den Schlußſatz der nahe verwandten l. 27. pr. de pactis (2,14) nachgewieſen hat.[5]) Die beiden oben angeführten Stellen beziehen ſich alſo auf das handelsrechtliche Verhältniß mehrerer Argentarien, die unter einer gemeinſchaftlichen Firma dem Publicum gegenüberſtanden. Dieſes der Correalität ähnliche Verhältniß mag denn allerdings am gewöhnlichſten

3) l. 18. pr. de pignoraticia actione (13,7). l. 14. pr. 17. 19. i. f. de hereditate vel actione vendita (18,4). l. 9. de praescriptis verbis (19,5). l. 11. 14. de distractione pignorum (20,5). l. 68. §. 1. de evictionibus (21,2). l. 6. de pactis dotalibus (23,4). l. 19. de tutelae et rationibus distrahendis (27,3). l. 11. §. 13. l. 34. pr. l. 78. §. 1. de legatis III. (32,1). l. 30. pr. ad legem Falcidiam (35,2). l. 1. §. 12. de collatione bonorum (37,6). l. 96. §. 2. de solutionibus (46,3). c. 6. de obligationibus et actionibus (4,10). c. 5. de executione rei judicatae (7,53). c. 4. quae res pignori (8,17). c. 1. de exceptionibus (8,36). c. 16. de solutionibus (8,43). Ausnahmen ſind Cic. in Verrem I. c. 10. nomina *sua* exegisse repertus est und l. 88. pr. de legatis II. (31,1).

Der techniſche Ausdruck für Activa iſt vielmehr ea quae in nominibus sunt: Cicero topic. c. 3. l. 5. §. 9. de rebus eorum quae sub tutela (27,9). l. 37. de acquirenda vel omittenda hereditate (29,2). l. 1. §. 7. ad legem Falcidiam (35,2). l. 36. ad SC. Trebellianum (36,1). l. 9. rem pupilli salvam fore (46,6). c. 6. familiae herciscundae (3,36).

4) S. 150 Note k a. a. O.

5) S. 174 a. a. O.

durch Expensilation eingetreten sein, und bietet keine Schwierigkeit in der Ausführung, weil die plures argentarii, wie z. B. die oben erwähnte Societät des Carpinatius oder die Gebrüder Curtii bei Cic. in Verr. I. c. 39 nur einen codex accepti et expensi führten.

Wenn ich also oben auf die Aehnlichkeit der durch nomina transcripticia bewerkstelligten Geldoperationen mit dem modernen Wechselverkehr aufmerksam gemacht habe, so ist dem gegenüber jetzt ein wesentlicher Unterschied hervorzuheben. Während der Wechsel in seiner heutigen Gestalt eine beliebige Anzahl von Verpflichtungen für dieselbe Summe zu vermitteln vermag, lieferte die Expensilation immer nur einen Schuldner. Wenn über den expensoferirten Posten frühere Schuldverbindlichkeiten existirten, so wurden diese definitiv und unwiderruflich aufgehoben, weil mit der Expensilation nothwendig eine gleichwerthige Acceptilation correspondirte, welche der Zahlung gleich stand. Allgemeiner ausgedrückt: die *nomina transcripticia* standen dem baaren Gelde gleich gerade wie heutzutage die Ab- und Zuschreibungen bei einer reinen Girobank, z. B. der Hamburger, die am meisten zur Verdeutlichung des römischen Buchverkehrs dienen kann. Dies ist derjenige Satz, um dessentwillen ich die ganze Detailuntersuchung des Instituts hier hauptsächlich durchgeführt habe, weil er für die Lehre von der Delegation von der eingreifendsten Bedeutung ist.

Wir werden nämlich sogleich als eine ganz allgemeine Eigenschaft der reinen Delegation bei den Römern kennen lernen, daß die Obligation zwischen Delegaten und Delegatar überhaupt wie baares Geld behandelt wurde. In diesem ganz buchstäblichen Sinne ist es zu verstehen, wenn die Delegation der Zahlung verglichen wird. Es wird durchaus so angesehen, als wenn der Delegat dem Delegaten und dieser dem Delegatar baares Geld von gleichem Betrage gegeben hätte. Alle Rückwirkungen des Geschäfts auf die Rechtsverhältnisse des Delegaten, also auf Valuta und Deckung, werden unter dieser Voraussetzung beurtheilt. Nichts davon ist abhängig von einem animus novandi oder einer sonstigen besonderen Absicht der Partheien. Ja, es ist nach römischem Recht nicht einmal möglich, durch irgend einen Vorbehalt, durch irgend eine Clausel diese Rückwirkung auf die bestehenden Schuldverhältnisse zu suspendiren. So wie zwischen dem Delegaten und Delegatar die Expensilation oder Stipulation vollzogen ist, ist die Sache ein für allemal abgethan, die Verhältnisse mit dem Deleganten sind vollständig abgewickelt; es existirt nur noch die neue Obligation, die ja umgekehrt ihrerseits aus den früheren Verhältnissen nicht anfechtbar ist.

Diese Sätze, welche den eigentlichen Kern der römischen Delegationslehre im Gegensatz zu dem heutigen Recht bilden, können nun allerdings für die Delegation per expensilationem nicht speciell bewiesen

werden. Dennoch wird nach den bisherigen Unterſuchungen die Vermuthung gerechtfertigt ſein, daß ſie gerade dieſer Delegationsform ihre Entſtehung verdanken. Vermöge der allgemeinen Gewohnheit der älteren Zeit, alle Geldgeſchäfte in den ordnungsmäßig geführten codex accepti et expensi aufzunehmen, mußte der Litteralcontract auf die Entwickelung des Delegationsgeſchäfts einen überwiegend beſtimmenden Einfluß gewinnen. Es muß uns genügen, hier nachgewieſen zu haben, daß dieſer Einfluß naturgemäß den Grundſatz solvit qui reum delegat als einen ganz abſoluten zur Geltung bringen mußte.[6]) Das Reſultat ſelbſt wird durch anderweitige Zeugniſſe vollſtändig beſtätigt werden, die ſich auf die zweite Form der Delegation, die delegatio per stipulationem, beziehen. Zu dieſer zweiten Form wende ich mich jetzt, und bei dieſer wird auch das ganze Detail der Lehre beſondere Erörterung finden.

§. 18. Die Delegation durch Stipulation. Uebereinſtimmende Geltung des Hauptgrundſatzes. Rückwirkung auf das Valutaverhältniß: solvit, qui reum delegat.

Die delegatio per stipulationem unterſcheidet ſich von der Delegation durch Litteralcontract ſchon ihrer äußerer Erſcheinung nach in weſentlichen Punkten. Wir haben geſehen, daß die letztere, unter der Vorausſetzung regelmäßiger Buchführung bei allen Betheiligten, die Geſtalt eines formellen Contracts nicht nur zwiſchen dem Delegaten und Delegatar, ſondern auch im Verhältniß Beider zum Deleganten annahm. Alle drei Perſonen vollzogen das Geſchäft durch Tranſcriptionen in ihren Büchern, und dieſe waren dergeſtalt gleichartig, daß aus dem Inhalte der Eintragungen wohl nicht einmal erſehen werden konnte, wer denn eigentlich die Rolle des Deleganten, wer die des Delegaten und Delegatars übernommen hatte. Bei der Stipulation iſt dies anders; wir haben es hier nur mit einem Formalact zu thun, dem Verbalcontract zwiſchen dem Delegaten und Delegatar, bei welchem jener als Promittent, dieſer als Stipulant auftritt. Die Rechtsgeſchäfte mit dem Deleganten ſind an keine Form gebunden:

> Delegare scriptura vel nutu, ubi fari non potest, debitorem suum quis potest. l. 17. h. t.

Sie werden in der Richtung der Deckung und Valuta durch die zu Grunde liegenden Abreden ſpeciell charakteriſirt, und es gelten in

6) Sehr intereſſant iſt, daß auch bei den Italienern derſelbe Rechtsſatz unter einer ähnlichen Einwirkung der gewöhnlichen Form der Buchführung geſtanden hat. Man vergleiche darüber beſonders: *Joan. Andreae* addit. ad spec. juris lib. IV. part. 3. tit. de deposito. *Baldus* ad c. ult. h. t. num 3. und ad c. ult. ad legem Falcidiam num. 5. *Franc. de Accoltis* consil. 5. num. 1.

dieſer Beziehung die bereits bei den allgemeinen Eigenſchaften der Delegation genügend erörterten Grundſätze.

Wichtiger iſt der Unterſchied in der Natur des Formalactes ſelbſt. Die Stipulation iſt allerdings wie die Expenſilation fähig, ein abſtractes nomen zu erzeugen; ſie iſt aber nicht wie jene auf dieſe Wirkſamkeit mit Nothwendigkeit beſchränkt. Sie kann Bedingungen und Zuſatzbeſtimmungen aller Art in ſich aufnehmen; ſie kann auf jedes beliebige Object, nicht nur auf dare, ſondern auch auf facere gerichtet werden; das Object kann durch Bezugnahme auf andere Verhältniſſe in jeder möglichen Art ſpecialiſirt und individualiſirt werden. Die Folge dieſer Eigenſchaft iſt hier die, daß durch Stipulation nicht nur eine reine, ſondern auch eine titulirte Delegation zu Stande gebracht werden kann. Um zunächſt die Unterſuchung der reinen Delegation ohne fremdartige Beimiſchungen fortzuſetzen, iſt es daher nothwendig, unſere Vorausſetzungen in Bezug auf die Beſchaffenheit der Stipulation zu beſchränken. Ich ſpreche zunächſt nur von demjenigen Falle, in welchem die Stipulation ebenſo wie die Expenſilation ein reines Abſtractum, ein einfaches dare oportere zum Gegenſtande hat. Dieſer Fall unterſcheidet ſich natürlich ſchon in der äußeren Geſtalt der Stipulationsformel, dieſe geht hier auf ein reines certum, und zwar werde ich für jetzt überwiegend nur den Hauptfall einer Stipulation auf certa pecunia: centum dare spondes? in Betracht ziehen. Die Fälle einer titulirten Stipulation werden uns am Schluſſe der jetzigen Unterſuchung beſonders beſchäftigen. Gewiſſe Eigenthümlichkeiten der Stipulation auf certa res können erſt in einem noch ſpäteren Zuſammenhange klar gemacht werden.

Das Rechtsgeſchäft, welches wir zu unterſuchen haben, iſt alſo im Ganzen folgendes. A. weiſt den B. an (jubet), für ſeine Rechnung dem C. 100 zu promittiren. Wie dieſe Leiſtung des B. dem A. gegenüber ausgeglichen werden ſoll (Deckung), bleibt dahingeſtellt. Ferner A. eröffnet dem C. die Möglichkeit, ſich durch Stipulation von B. ein Forderungsrecht von 100 zu verſchaffen; zu welchem Zwecke dieſe Zuwendung des A. an C. dienen ſoll (Valuta), bleibt wiederum unerörtert. Nun wird zwiſchen B. und C. die Stipulation vollzogen. C. ſtipulirt: centum dare spondes? B. promittirt: spondeo.

In dieſem Falle nun wird, ſo behaupte ich, bei den Römern das Forderungsrecht zwiſchen B. und C. dem baaren Gelde gleich geachtet. Das heißt: das Geſchäft wird in ſeinen Rückwirkungen auf die zu Grunde liegenden Deckungs- und Valutaverträge ſo beurtheilt, als wenn B. an A. und A. an C. baare Hundert bezahlt hätte. Dies iſt der allgemeine Grundſatz, der ſich dann im Einzelnen in zahlreichen Conſequenzen wiederholt und nur in einigen beſonderen Fällen Modificationen erleidet.

Ich will vorweg diejenigen Zeugniſſe hervorheben, in welchen der Grundſatz ſelbſt direct und prägnant ausgeſprochen iſt. Zuerſt eine Stelle aus Seneca (de beneficiis VI, 5 §. 2.).

> Nam et *pecuniam dicimur reddidisse*, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, quamvis non intervenerint nummi, sed *delegatione et verbis perfecta solutio sit.*

Dann eine große Zahl ſehr beſtimmt redender Pandektenſtellen:

> l. 187. de verborum significatione (50,16). Verbum *exactae pecuniae* non solum ad solutionem referendum est, verum etiam *ad delegationem.*
>
> l. 18. de fidejussoribus (46,1). *Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur*, quanta ei debetur.
>
> l. 26. §. 2. mandati (17,1). *Abesse intelligitur pecunia* fidejussori, etiam *si debitor ab eo delegatus sit creditori.*
>
> l. 32. de rebus creditis (12,1). Si — ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis — *pecunia mea ad te pervenit.*
>
> l. 21. §. 1. de donationibus (39,5). Si debitorem meum tibi donationis causa promittere jussi — *perinde est, quasi exactam a debitore meo summam tibi donaverim, et tu illam ei credideris.*
>
> l. 5. ad SC. Vellejanum (16,1). Nec interest, *pecuniam* solvendi causa *numeret*, an quamlibet suam rem in solutum det. Nam etsi vendiderit rem suam *sive pretium acceptum pro alio solvit, sive emtorem delegavit creditori alieno*, non puto senatusconsulto locum esse.
>
> l. 8. §. 3. eod. — Si contra senatusconsultum obligata debitorem suum delegaverit, — ipsi competit condictio, *quemadmodum si pecuniam solvisset condiceret; solvit enim et qui reum delegat.*

In allen dieſen Stellen iſt die Wirkung der Delegation der Zahlung mit baarem Gelde — pecunia, nummi, *exacta* pecunia — verglichen. Mit dieſem Hauptgrundſatze ſchließt ſich die Delegation per stipulationem unmittelbar der per expensilationem an. Was wir dort aus der Natur der Sache abgeleitet haben, finden wir hier in zahlreichen ausdrücklichen Quellenausſprüchen anerkannt.

Wir haben das Hauptreſultat jetzt in ſeinen einzelnen Conſequenzen zu verfolgen. Ich beginne mit der Rückwirkung der vollzogenen Delegationsſtipulation auf das Valutaverhältniß, alſo das Rechtsverhältniß zwiſchen dem Deleganten und Delegatar. Gerade für dieſes zeigt ſich der Einfluß des Princips in hervorragender Bedeutung.

Betrachten wir zuerſt den Hauptfall einer Delegation solvendi causa: A. iſt Schuldner des C., und delegirt ihm den B. tilgungshalber. Dann wird A. nach vollzogener Delegationsſtipulation frei. Die herrſchende Lehre führt dieſe Befreiung auf eine Novation zurück, dies iſt aber nicht die Auffaſſung der Quellen. Die wenigen Stellen, in welchen von einer Novation in dieſem Zuſammenhange die Rede iſt (c. 2. 3. h. t.), haben, wie wir ſehen werden, beſondere Vorausſetzungen; ſie gehören nicht der Theorie der reinen Delegation an. Es wird ſich ſogleich zeigen, daß für dieſe der Geſichtspunkt der Novation völlig unanwendbar iſt. Der Delegant, welcher Schuldner des Delegatars war, wird durch die Delegation unbedingt frei, als wenn er baar bezahlt hätte; gerade auf dieſen Fall beziehen ſich der Mehrzahl nach die oben mitgetheilten Stellen: *solvit*, qui reum delegat. Die Forderung, welche A. dem C. verſchafft hat, wird ihm nach ihrem Nominalwerthe zu Gute gerechnet, und zwar auch dann, wenn ſie dieſen Werth in der That nicht hat, wenn der Delegat inſolvent iſt.

> l. 18. de fidejussoribus (46,1). Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur, quanta ei debetur. Et ideo si fidejussor debitorem suum delegaverit, *quamvis eum qui solvendo non erat*, confestim mandati agere potest.
>
> l. 26. §. 2. mandati (17,1). Abesse intelligitur pecunia fidejussori, etiam si debitor ab eo delegatus sit creditori, *licet is solvendo non fuerit, quia bonum nomen facit creditor qui admittit debitorem delegatum.*

Die Annahme der Delegation iſt deshalb auf Seiten des Delegatars eine präjudicirliche Handlung; er trägt das periculum nominis, *bonum nomen facit.*[1]) Die Gefahr würde für ihn dann nicht vorhanden ſein, wenn ihm ſeine frühere Forderung gegen den Deleganten erhalten bleiben könnte. Dies iſt aber unmöglich, die alte Schuld des Deleganten iſt unwiederbringlich aufgehoben, weil ſie bezahlt iſt. Sie geht nicht etwa bloß dann unter, wenn der Delegatar zufolge beſonderer Nebenabrede Credit ſtatt Zahlung nimmt, wenn er wie die herrſchende Lehre ſagt animo novandi ſtipulirt; ſondern er hat bereits eben dadurch, daß er überhaupt ſtipulirt, daß er admittit debitorem delegatum, Credit ſtatt Zahlung genommen. Das periculum nominis kann ihm allerdings durch beſonderen Vertrag mit dem Deleganten abgenommen werden, aber nur auf einem künſtlichen Umwege. Dann muß nämlich der

1) Sonſt wird auch *probare* nomen in demſelben Sinne gebraucht. l. 12. §. 15. mandati (17,1). l. 19. de tutelae et rationibus distrahendis (27,3). l. 36. §. 1. ad municipalem (50,1), ebenſo nomen *sequi* l. 45. §. 7. mandati (17,1). l. 19. §. 5. ad SC. Vellejanum (16,1) und öfter.

Delegant in demſelben Augenblicke, wo er von ſeiner alten Schuld frei wird, durch Interceſſion für den Delegaten eine neue Schuld übernehmen. Dies kann geſchehen in der Form einer fidejussio, z. B.

l. 27. §. 2. ad SC. Vellejanum (16,1).[2]) Uxor debitricem suam viro delegavit ut vir creditori ejus pecuniam solverit; — *fidem suam pro ea, quam delegavit, apud virum obligavit.*

Es kann auch geſchehen in der Form des mandatum qualificatum, ein Fall, den ich bereits oben (S. 59) angedeutet habe. Die hierher gehörigen Stellen bedürfen jetzt noch einer näheren Betrachtung:

§. 2. inst. de mandato (3,27). Tua et mandantis gratia intervenit mandatum, veluti — *si, volente te agere cum eo ex fidejussoria causa, tibi mandet, ut cum reo agas periculo mandantis, vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo quem tibi deleget in id quod tibi debuerat.*

l. 22. §. 2. mandati (17,1). Interdum evenit ut meum negotium geram et tamen utilem habeam mandati actionem, veluti *cum debitor meus periculo suo debitorem suum mihi delegat*, aut cum rogatu fidejussoris cum reo experior; nam quamvis debitum meum persequar, nihilominus et illius negotium gero; igitur *quod minus servavero*, consequar mandati actione.

l. 45. §. 7. eod. *Quod mihi debebas a debitore tuo stipulatus sum periculo tuo;* posse me agere tecum mandati *in id quod minus ab illo servare potero*, Nerva et Atilicinus aiunt, quamvis id mandatum ad meam rem pertineat. Et merito; *tunc enim liberatur is, qui debitorem delegat, si nomen ejus creditor secutus est, non cum periculo debitoris ab eo stipulatur.*

Der in dieſen Stellen übereinſtimmend erwähnte Fall iſt nämlich darum beſonders charakteriſtiſch, weil hier das Object der neuen Regreßklage (actio mandati contraria) verſchieden iſt von dem der alten Schuld; dieſelbe geht nur auf id quod minus servavero, auf den Ausfall bei dem Delegaten. Der Untergang der alten Schuld iſt dabei überall als ein unbedingter vorausgeſetzt, und wenn in der letzten Stelle geſagt wird:

tunc liberatur is qui debitorem suum delegat, si nomen ejus creditor secutus est,

ſo geht aus dem Zuſatze non cum periculo debitoris ab eo stipulatur hervor, daß nomen sequi eben nicht auf eine beſondere Liberationserklärung, ſondern auf die bloße Annahme der Delegation zu be-

2) In dieſer Stelle iſt allerdings keine delegatio solvendi causa, ſondern ob causam futuram vorausgeſetzt.

ziehen ist; und daß unter dem Gegensatz des liberari nicht, wie man bei der Zweideutigkeit des Ausdrucks sonst wohl annehmen könnte, der Fortbestand der alten Schuld, sondern die Uebernahme der neuen Mandatsobligation zu verstehen ist. Dieses ergiebt sich deutlich auch aus der Zusammenstellung mit dem Falle cum rogatu fidejussoris cum reo experior, welche sich in allen drei Stellen wiederholt; denn die letzte lautet im Fortgange:

> l. 45. §. 8. mandati (17,1). Idem juris est, si mandatu fidejussoris cum reo egissem, quia sequenti mandato liberaretur ex priore causa.

Dieser Fall wird nämlich nur dann verständlich, wenn man den älteren, durch c. 28. de fidejussoribus (8,41) beseitigten Rechtszustand zu Grunde legt, wonach der Hauptschuldner durch Litisconteſtation mit dem Fidejussor befreit wurde. Offenbar ist auf diese Liberation durch Litisconteſtation auch in den Schlußworten der eben mitgetheilten Stelle ursprünglich Bezug genommen gewesen; der jetzt vorliegende Text quia *sequenti mandato* liberaretur ex priore causa ist nur eine sehr ungeschickte Abänderung der Compilatoren, denn das Mandat war eben nur ein obligatorischer, kein liberatorischer Act. Die Litisconteſtation war aber ein ebenso unbedingt befreiender Vorgang wie die Delegation, und eben deshalb mit derselben Gefahr für den Gläubiger verbunden, deren er nur durch das künstliche Auskunftsmittel überhoben werden konnte, daß der Hauptschuldner wieder als Mandator für seinen Bürgen auftrat, und damit statt der alten principalen eine neue Regreßverbindlichkeit übernahm.

Diese unbedingt befreiende Wirkung der Delegation ist nun äußerst natürlich in dem Zusammenhange, in welchem sie nach unserer bisherigen Darstellung erscheint. Dagegen ist sie der herrschenden Lehre völlig unverständlich geblieben, weil diese den Erfolg stets von dem animus novandi und mit Rücksicht auf c. ult. h. t. wohl gar von einem expressis verbis erklärten animus novandi abhängig gemacht hat. Meines Wissens der einzige unter den neueren Schriftstellern, der die eben untersuchten Stellen mit der herrschenden Lehre in Einklang zu bringen versucht hat, ist Thöl[3]), welcher sich das Verhältniß so denkt:

> Der Delegant — kann die Gefahr tragen entweder in der Form, daß er, bevor der Delegat gezahlt hat, von seiner Schuld nicht liberirt ist, oder daß er, liberirt allerdings, aus der besonders übernommenen Garantie haftet. Die erstere Form ist die regelmäßige; ist sie ausgeschlossen, so tritt die zweite nur durch besondere Beredung ein. — Ob nun der Delegant, — schon durch die bloße Delegation liberirt wird, ist — zunächst

3) Handelsrecht I. §. 132. Nr. 5.

aus der Abſicht der Intereſſenten zu entnehmen. Er wird liberirt, wenn der Delegatar animo novandi den Delegaten zum Schuldner, alſo den Credit ſtatt Zahlung nimmt. — Iſt irgend ein Zweifel, ſo iſt die Liberation, da ſie eine Novation iſt, nicht anzunehmen — weil das Noviren der ausdrücklichen Erklärung, daß es gemeint ſei, bedarf.

Thöl trägt alſo in jene Stellen die Vorausſetzung des animus novandi nicht nur, ſondern einer auf Liberation gerichteten ausdrücklichen Erklärung hinein, welche ſich doch in der That neben der zweiten ausdrücklichen Beredung, durch welche der Delegant die Gefahr in einer anderen viel künſtlicheren Form wieder übernimmt, höchſt ſonderbar ausnehmen würde.

Der richtigen Erkenntniß der reinen Delegation in dieſer Eigenthümlichkeit hat aber vor Allem die Annahme hindernd entgegengeſtanden, daß wir in dieſer Materie auch heutzutage reines römiſches Recht in Geltung hätten. Weil es nach heutigem Recht einer ausdrücklichen Erklärung bedarf, wenn dem Delegatar Credit ſtatt Zahlung angerechnet werden ſoll, ſo mußte der römiſche Grundſatz, daß Credit von vorn herein der Zahlung gleichſteht, um jeden Preis umgangen und weginterpretirt werden. Aus demſelben Grunde erklärt es ſich, daß zu einer Zeit, wo der römiſche Grundſatz dem geltenden Rechte noch vollſtändig entſprach, das Verſtändniß der römiſchen Rechtsquellen bei weitem ungetrübter geblieben iſt. Dies war, wie ich bereits in der Einleitung nachgewieſen habe, der Fall in Italien während des ganzen Mittelalters bis ins ſiebzehnte Jahrhundert hinein; während dieſer ganzen Zeit hat ſich bei den italieniſchen Juriſten neben vielen Mißverſtändniſſen und caſuiſtiſchen Diſtinctionen, wie ſie bei dem damaligen Stande der Wiſſenſchaft nicht überraſchen dürfen, die Erkenntniß des Hauptgrundſatzes lebendig erhalten, daß die tilgende Wirkung der Delegationsſtipulation nicht von irgend einer beſonderen Abrede der Partheien abhängig ſei, ſondern vermöge objectiver Rechtsnothwendigkeit eintrete, ſobald die formellen Bedingungen des Geſchäfts erfüllt waren. Ich habe früher bereits darauf aufmerkſam gemacht, daß die italieniſchen Juriſten dennoch die Wirkung der Delegation auch in dieſem Falle als eine Novation bezeichneten. Dies beruht auf einer Verallgemeinerung des Novationsbegriffes, welche den römiſchen Rechtsquellen zuwider iſt. *Die Delegationsſtipulation an ſich bewirkt keine Novation, ſondern Zahlung.*

Aus den endloſen Detailcontroverſen jener Zeit will ich zwei Punkte hervorheben, welche allenfalls auch jetzt noch Intereſſe beanſpruchen dürfen. Zuerſt machten die Theoretiker damals (vergl. S. 8 unter 3) in der Mehrzahl einen Unterſchied, je nachdem der Delegat Schuldner des Deleganten war oder nicht. Nur im erſteren Falle wurde

die unbedingte befreiende Wirkung der Delegation anerkannt. Diese Ansicht beruht hauptsächlich auf dem Mißverständnisse einiger Stellen, welche das Verhältniß der Delegation zur Intercession und den daraus hervorgehenden Einfluß des senatusconsultum Vellejanum behandeln, namentlich l. 8. §§. 3—6., l. 19. §. 5 ad SC. Vellejanum (16,1). Hier wird allerdings der Fall, wo eine Frau ihren Schuldner delegirt, verschieden behandelt von demjenigen, wo sie einen non debitor delegirt, dem sie aus dem Deckungsvertrage verhaftet bleibt. Im letzteren Falle gilt die Delegation als Intercession, im ersteren nicht. Die Besonderheit des Entscheidungsgrundes in diesen Stellen läßt gerade e contrario einen Rückschluß auf die Regel zu, daß im Allgemeinen die Beschaffenheit des Deckungsvertrages für unsere Frage, die sich um die Rückwirkung auf das Valutageschäft dreht, gleichgültig war.

Ein von den italienischen Juristen jedesmal besonders unterschiedener Fall war ferner der, wo ursprünglich eine bloße Zahlungsanweisung vorliegt, und demnächst gegen die ursprüngliche Absicht des Geschäfts der Delegatar sich dennoch vom Delegaten promittiren läßt. Hier, sagte man, liegt eine Mandatsüberschreitung vor — der wichtige Unterschied zwischen Mandat und jussus entging den damaligen Juristen ebenso wie den heutigen[4]) —; deshalb kann der gewöhnliche Erfolg einer promissio de mandato alterius nicht eintreten. Einige leugneten nur die Wirkung in praejudicium mandantis, d. h. sie behaupteten fortdauernde Verhaftung des Delegaten und Revocabilität der Anweisung bis zur erfolgten wirklichen Zahlung; Andere hielten auch den Deleganten in einem solchen Falle nicht für befreit, wenn es nicht besonders bedungen war. Man stützte sich dabei[5]) mißverständlich besonders auf

> l. 21. h. t. Si debitorem meum jussero tibi solvere, non statim tu etiam stipulando id *novare* possis, quamvis debitor solvendo tibi liberetur.

Diese Stelle spricht von einer Novationsstipulation, nicht von einer reinen Delegation; es zeigt sich gerade hier, daß diese nicht der Novation, sondern der Zahlung gleichstand. In Folge dieser durchgreifenden Grundanschauung ist für das römische Recht die Behandlung des Falles ganz einfach. Mit der promissio des Delegaten ist auch die Zahlungsanweisung erledigt, und es treten ganz dieselben Consequenzen ein, als wenn die Zahlung wirklich erfolgt wäre. Ist mit dem jussus ein wirkliches Mandat verbunden, so ist auch dieses für erfüllt zu erachten; am

4) Jene Deductionen lesen sich vollständig so wie die unserer heutigen Rechtslehrer, welche die Assignation auf ein Zahlungsmandat zurückführen, und deshalb das Accept des Assignaten für mandatswidrig erklären. Z. B. Günther in Weiske's Rechtslexikon Bd. I. S. 328. Thöl a. a. O. I. §. 123.

5) So z. B. auch Cujaz paratitl. ad cod. h. t.

wenigſten aber liegt eine Mandatswidrigkeit vor. Mit dieſem Reſultat ſtehen denn auch einzelne Quellenſtellen im Einklange, in denen dieſer Fall ſpeciell behandelt wird. Die Hauptſtelle iſt:

> l. 45. §. 4. mandati (17,1). Sed si mandavero tibi, ut creditori meo solvas tuque expromiseris, et ex ea causa damnatus sis, humanius est, et in hoc casu mandati actionem tibi competere.

Hier iſt allerdings nur von der Rückwirkung auf das Deckungsverhältniß die Rede, weshalb die Stelle ſogleich noch in einem anderen Zuſammenhange zu berühren ſein wird. Aus der Ausdrucksweiſe des Juriſten: humanius est könnte man ferner ſchließen, daß er ſeine Entſcheidung nicht auf allgemeine Grundſätze, ſondern auf eine exceptionelle Billigkeit ſtützen will. Dies kann zugegeben werden, ſoweit es ſich um die Zuläſſigkeit der actio mandati contraria handelt, welche hier auf der beſondern Natur des Deckungsgeſchäfts beruht. Für die concurrirende condictio (vergl. oben §. 11.) würde die Frage jedenfalls nicht zweifelhaft ſein können.[6]) — Eine zweite Stelle, in welcher unſer Fall allerdings nur beiläufig erwähnt wird, iſt folgende:

> l. 19. §. 5. ad SC. Vellejanum (16,1). Quum haberes Titium debitorem, et pro eo mulier intercedere vellet, nec tu mulieris nomen propter senatusconsultum sequereris, petiit a me mulier mutuam pecuniam, solutura tibi, et stipulanti mihi promisit ignoranti in quam rem mutuaretur, etque ita *numerare me tibi jussit;* deinde *ego, quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi.* Quaesitum est: si eam pecuniam a muliere petam, an exceptio senatusconsulti ei prosit?

Eine Frau delegirt hier, um eine fremde Schuld zu bezahlen (Valutavertrag), und will zugleich Darlehnsſchuldnerin des Delegaten werden (Deckungsvertrag). Die Delegation iſt an ſich auf bloße Zahlung gerichtet: numerare jussit. Anſtatt baarer Zahlung aber promittirt der Delegat. Die Unterſuchung des Juriſten erſtreckt ſich nur auf die Frage, ob in dieſer Promiſſion eine unter das SC. Vellejanum fallende Interceſſion enthalten ſei oder nicht. Der fernere Inhalt der Stelle enthält nun folgenden Gedankengang. Zunächſt wird der Delegat ausführlich einem fidejussor pro muliere verglichen. Dieſem Geſichtspunkt wird ſodann ein zweiter gegenübergeſtellt, nämlich:

6) Man hat in der vorliegenden Stelle wohl auch den Zwiſchenſatz et ex ea causa damnatus sis als eine beſondere Bedingung der Revalirungsklage auffaſſen wollen. Dies iſt aber jedenfalls nur eine den beſonderen Fall betreffende hiſtoriſche Erläuterung — vergl. l. 8. §. 2. i. f. ad SC. Vellejanum (16,1): condemnata vel ante condemnationem condicere poterit.

an vero perinde habendum sit, *ac si initio ego pecuniam mulieri credidissem, ac rursus tu mihi in creditum isses?* Quod quidem magis dicendum existimavit, ut sic senatusconsulto locus non sit, sicuti et cum debitorem suum mulier delegat, intercessioni locus non sit.

Die erste Auffassung wird also verworfen, die zweite gebilligt, — in den weiter folgenden Schlußworten der Stelle aber endlich wiederum die Consequenz dieser Auffassung für die Frage nach der Intercession unrichtig befunden, weil für diese Frage die delegatio debitoris und non debitoris nicht gleichgestellt werden können. Das letztere ist der Punkt, wegen dessen ich die Stelle bereits eben (S. 107) erwähnt habe. Hier interessirt uns nur der jetzt mitgetheilte Passus: die Sache liegt so, als wenn ein doppeltes creditum eingegangen wäre, nämlich — der Gedanke liegt dazwischen — mit doppelter Numeration. In Bezug auf das Valutaverhältniß (die Bezahlung der Schuld des Titius) steht also jedenfalls die Promission auch hier der Zahlung gleich. Die ganze Darstellung ist auch von Hause aus so gefaßt, daß man sieht, es kommt auf die Baarzahlung gar nicht an: quia ad manum nummos non habebam; es ist, wie in der früher (S. 102) angeführten Stelle des Seneca, als wenn die Zahlung nur in einer anderen Münzsorte erfolgt wäre.

Für das römische Recht ergiebt sich denn hieraus auch die unzweifelhafte Consequenz, daß nach erfolgter Promission des Delegaten die Anweisung nicht mehr widerruflich ist. Diese Grundsätze entsprechen auch durchweg der altitalienischen Praxis, welche sich jenen theoretischen Bedenken Einzelner nicht angeschlossen hat.[7]) Dagegen mache ich wiederholt darauf aufmerksam, daß eine Uebertragung derselben in das heutige, auf ganz verschiedener Grundanschauung beruhende Recht nicht ohne Weiteres zulässig ist; alle hierher gehörigen Stellen dürfen für unsere Praxis nicht direct benutzt werden.

§. 19. Die Delegation credendi causa. Das periculum nominis bei der dos. Die Delegation schenkungshalber.

Ich habe bisher den Fall der Delegation solvendi causa erörtert; wir gehen jetzt zu der credendi causa oder ob causam futuram erfolgten Delegation über. Auch hier zeigt sich die Consequenz des allgemeinen Grundsatzes, daß die Delegation der Baarzahlung gleichsteht darin, daß der Delegatar das periculum nominis zu tragen hat. Auch wenn ihm ein nicht zahlungsfähiger Schuldner delegirt ist, wird er dennoch durch den obligatorischen Valutavertrag ebenso verpflichtet, als

7) Vergl. namentlich das S. 10 mitgetheilte Kapitel aus den Genueser Statuten.

wenn er eine baare numeratio empfangen hätte. Mit der entſprechenden Veränderung gilt auch hier der Satz der l. 8. §. 3. ad SC. Vellejanum (16,1): *numerat*, qui reum delegat. Für den Fall des creditum im engeren Sinne, des eigentlichen mutuum, liefert einen wenigſtens indirecten Beweis für dieſen Satz die bekannte l. 32. de rebus creditis (12,1).

> Si et me et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et *ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis*, quum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, siquidem nullum negotium mecum contraxisti. Sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest) sed quia *pecunia mea* quae *ad te pervenit*, eam mihi a te reddi, bonum et aequum est.

Die Schwierigkeit, welche der Juriſt hier bei der Entſcheidung findet, beruht nur in dem Irrthum über die Perſon des Darleihers, nicht im Mindeſten in der Art, wie die Darlehnsvaluta gezahlt worden iſt (nämlich durch Delegation). Wäre der Conſens zwiſchen den Contrahenten vollſtändig geweſen, ſo würde Celſus ohne Bedenken geſagt haben: pecuniam meam tibi credidi, und noch jetzt ſagt er: pecunia mea ad te pervenit. Der obligatoriſche Effect der Delegation tritt alſo hier ebenſo unbedingt ein, wie der liberatoriſche in den früher betrachteten Fällen. Es gilt hier mit demſelben Rechte der Satz bonum nomen facit, qui admittit debitorem delegatum. Wenn der Delegant die Gefahr übernimmt, ſo geſchieht es durch beſondere Beredung, wovon wir ſchon oben ein Beiſpiel in l. 27. §. 2. ad SC. Vellejanum (16,1) kennen gelernt haben. Eine ſolche beſondere Beredung vereitelt aber die regelmäßige Wirkung der Delegation hier vollſtändiger als bei einem liberatoriſchen Valutavertrage. Während dieſelbe dort niemals den Fortbeſtand der alten Obligation, ſondern nur eine neue Klage hervorbringen konnte, konnte ſie hier jedenfalls auch als Einrede gegen die Klage des Deleganten gebraucht werden. Aus demſelben Grunde konnte ſie in den hierhergehörigen Fällen auch in die Form eines bloßen pactum gebracht werden, weil dieſes wenigſtens zur Begründung einer Einrede genügt.

l. 6. de pactis dotalibus (23,4).

Am häufigſten wird die Frage nach dem periculum nominis von den römiſchen Juriſten erörtert bei der delegatio in dotem. Jedoch ſind in den hierhergehörigen Stellen mehrere andere Fälle der promissio dotis, welche nicht auf einer Delegation beruhen, mit dieſer zuſammengeſtellt; — ein Umſtand, der bei manchen Bearbeitern dieſer Lehre zu Mißverſtändniſſen Veranlaſſung gegeben hat.[1]) Eine dos kann

1) Vergl. namentlich Haſſe, die Culpa des römiſchen Rechts. S. 572 folg.

nämlich durch Promission constituirt werden zunächst von der Frau selbst; dann kann natürlich von einer Delegation nicht die Rede sein. Diesem Fall steht derjenige gleich, wo der Vater der Frau eine dos promittirt, so lange diese in seiner Gewalt ist, zwischen ihnen also Vermögenseinheit besteht. Unzweifelhaft liegt dagegen eine Delegation vor, wenn auf den jussus der Frau ihr Schuldner promittirt. Zwischen diesen beiden Extremen liegen nun andere Fälle, in denen das Rechtsverhältniß zweifelhaft sein kann; namentlich der, daß ein extraneus schenkungshalber (donaturus) eine dos promittirt. Dieser Fall läßt sich nämlich als eine wirkliche Delegation denken, wenn die Schenkung an die Frau ohne Rücksicht auf ihre Ehe stattfindet, und diese nun ihrerseits mit dem Object der Schenkung ihrem Manne eine dos bestellt, indem sie ihrem Schenkgeber Anweisung zur Promission an den Mann giebt. Diese Auffassung findet sich z. B. in l. 41. pr. de re judicata (42,1), wo denn auch die Consequenz gezogen wird, daß der Delegat dem Ehemanne nicht bloß in quantum facere potest, sondern in solidum zu verurtheilen ist. In der Regel aber wird das Verhältniß anders sein, nämlich so, daß die Schenkung der Frau mit Rücksicht auf die Ehe zugewendet wird, d. h. daß das Object der Schenkung nicht eine Geldsumme zu beliebiger Disposition, sondern nur das künftige Rückforderungsrecht des zur dos bestellten nomen ist. In einem solchen Falle wird die Schenkung zugleich als eine Liberalität gegen den Ehemann aufgefaßt und daher auch diesem gegenüber der Schenkgeber zum beneficium competentiae verstattet. Dies mußte vorausgeschickt werden zum richtigen Verständniß der Hauptstelle, welche diesen Gegenstand behandelt:

> l. 33. de jure dotium (23,3). Si extraneus sit, qui dotem promisit, isque defectus sit facultatibus, imputabitur marito cur eum non convenerit, maxime si ex necessitate, non ex voluntate dotem promiserat. Nam si donavit, utcunque parcendum marito, qui eum non praecipitavit ad solutionem qui donaverat, quemque in id quod facere posset si convenisset condemnaverit; hoc enim divus Pius rescripsit, eos qui ex liberalitate conveniuntur, in id quod facere possunt condemnandos. Sed si vel pater vel ipsa promiserunt? Julianus quidem libro sexto decimo digestorum scribit: etiam si pater promiserit periculum respicere ad maritum. Quod ferendum non est; debet igitur mulieris esse periculum, nequaquam enim judex propitiis auribus audiet mulierem dicentem, cur patrem qui de suo dotem promisit non urserit ad exsolutionem; multo minus cur ipsam non

convenerit. Recte itaque Sabinus disposuit ut diceret: quod pater vel ipsa mulier promisit, viri periculo non esse; *quod debitor, id viri esse periculo; quod alius, scilicet donaturus, ejus periculo esse cui acquiratur.* Acquiri autem mulieri accipiemus ad quam rei commodum respicit.

Quod debitor promisit gilt hier als Umſchreibung der Delegation, weil es der gewöhnliche Fall derſelben war; die übrigen Fälle, namentlich auch der quod donaturus promisit, ſind hier keine Delegationsfälle, weil ſie es der Regel nach und insbeſondere unter den hier vorausgeſetzten Umſtänden nicht waren. Wir dürfen alſo als Reſultat annehmen, daß überall, wo durch Delegation eine dos beſtellt wurde, das periculum nominis dem Manne zur Laſt fiel, in allen anderen Fällen der Frau. Damit ſtimmen denn auch die übrigen Stellen, in welchen der Gegenſtand beſprochen wird, überein. Wo das periculum von der Frau getragen wird, konnte es allerdings durch beſondere Umſtände auf den Mann übergehen, entweder von Hauſe aus in Folge ſpecieller Beredung (l. 6. i. f. de pactis dotalibus 23,4) oder durch ſpätere Ereigniſſe. Dahin gehören Novation (l. 35. de jure dotium 23,3), ſonſtiges Creditgeben (l. 71. eod.) und vor Allem culpa in exigendo ſeitens des Mannes (l. 35. de rebus creditis 12,1, l. 49. de jure dotium 23,3). Der letztere Geſichtspunkt ſchwebt dem Juriſten in der eben mitgetheilten Stelle, wo der Gegenſtand ganz allgemein beſprochen wird, hauptſächlich vor, wie aus den Wendungen imputabitur marito cur eum non convenerit, parcendum marito qui eum non praecipitavit ad solutionem und ſpäter cur patrem non urserit ad exsolutionem, cur ipsam non convenerit, deutlich hervorgeht. Auf den Fall der Delegation iſt dieſer Geſichtspunkt aber durchaus unanwendbar. Hier, wo der Mann das periculum von Hauſe aus zu tragen hat, iſt daſſelbe von keiner Verſchuldung abhängig; ſondern durch die Annahme der Delegation in dotem kommt er in dieſelbe Lage, als wenn er baares Geld als dos erhalten hätte; bonum nomen facit, nomen sequitur. Die Annahme der Delegation iſt alſo hier ebenſo präjudicirlich, als bei der Delegation zahlungshalber. Wenn daher z. B. ein Sklave des Mannes die Delegationsſtipulation vornimmt, tritt die Wirkung nur ein, wenn dieſelbe jussu mariti erfolgt oder ſpäter ratihabirt wird.

l. 46. pr. de jure dotium (23,3). Quemadmodum invito domino servus stipulatus acquirit, ita si dotem domini nonime sibi promitti patiatur, obligatio domino acquiritur; sed *neque periculum* dominus praestare debebit, *si forte debitor mulieris dotem promiserit, neque culpam.*

Periculum und culpa werden hier deutlich einander gegenübergestellt; von periculum kann nur im Falle der Delegation, si forte debitor promiserit, die Rede sein. Auch ist es für die Haftung des Mannes gleichgültig, ob er die Insolvenz des Delegaten gekannt hat oder nicht; die gegentheilige Meinung stützt sich nur mißverständlich auf

> l. 41. §. 3. de jure dotium (23,3). Si a debitori mulieris *sub conditione* dos promittatur et postea, sed *antequam maritus petere posset*, debitor solvendo esse desierit, magis ad mulierem periculum pertinere placet; nec enim videri maritum nomen secutum eo tempore quo exigere non potuerit. Quodsi *jam tunc* debitor, *quum sub conditione promitteret*, solvendo non fuerit, *periculum viri esse, quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuerit.*

Die Entscheidung dieser Stelle beruht auf der besonderen Voraussetzung einer bedingten Delegationsstipulation; stillschweigende Voraussetzung derselben ist, daß nach eingetretener Bedingung, wie bei jeder unbedingten Stipulation das periculum den Mann trifft.[2])

In Bezug auf die Delegation credendi causa im Allgemeinen ist noch eine andere Betrachtung anzuschließen. Der Valutavertrag ist in den hierher gehörigen Fällen obligatorisch, und erzeugt, sei es immer, sei es unter besonderen Voraussetzungen, eine Klage des Deleganten gegen den Delegatar. Es fragt sich: welches ist das Object dieser Klage? Häufig wird darüber durch den Inhalt des Valutavertrages im Voraus mit bestimmt sein, z. B. im Falle des Darlehns (l. 32. cit. de rebus creditis 12,1), in welchem die Klage natürlich auf Rückgabe der Darlehnssumme in baarem Gelde geht. In anderen Fällen ist dies nicht der Fall, vielmehr soll dann die Vermögenszuwendung des Deleganten an den Delegatar als solche condicirt oder durch eine condictionsähnliche Klage zurückgefordert werden. Diese Klagen gehen nicht auf baares Geld, und insoweit modificirt sich hier der Hauptgrundsatz, sondern der Delegatar braucht nur die gegen den Delegaten erworbene Obligation abzutreten.

> l. 18. §. 1. de mortis causa donationibus (39,6). Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaveris — si convaluisset creditor idemque donator, *condictione aut in factum actione debitoris obligationem duntaxat reciperet.*

2) Ueber diese Stelle, wie über die ganze Materie von dem periculum nominis bei der Delegation ist noch zu vergleichen *Desiderii Heraldi* observationes et emendationes cap. 5. (in Otto Thesaur. tom. II. p. 1317), aus der französischen Schule einer der letzten Ausläufer der altitalienischen Auffassung der Delegation.

Vergl. l. 31. §. 3. eod.

l. 64. §. 4. soluto matrimonio (24,3). Sed et si reum maritus acceperit — aeque adversus ipsum *obligationem debet praestare.*

Daſſelbe gilt auch von der condictio indebiti; wenn in der oben (S. 102) angeführten l. 8. §. 3. ad SC. Vellejanum (16,1) geſagt iſt: ipsi competit condictio quemadmodum si pecuniam solvisset, condiceret, ſo ſind damit offenbar Delegation und Baarzahlung nur in Bezug auf die Vorausſetzungen der Klage, nicht auf das Object derſelben verglichen.

Es bleibt uns zum Schluß noch die Delegation ſchenkungshalber zu betrachten übrig.[3]) Bei einer reinen Schenkung kann aber die Frage nach dem Werthe des durch die Delegationsſtipulation conſtituirten nomen gar nicht vorkommen, noch weniger die nach dem periculum desſelben. Die dem Delegatar zugewendete Bereicherung beſteht eben darin, daß ihm der Erwerb einer Forderung an den Delegaten überhaupt geſtattet worden iſt. Die Annahme der Delegation iſt bei ihm zugleich Annahme der Schenkung und daher gewiß keine präjudicirliche Handlung. Eine Vertretung für die Güte des nomen wird ihm nicht zugemuthet, iſt der Delegat ganz oder theilweiſe zahlungsunfähig, ſo vermindert ſich eben um ſo viel ſeine Bereicherung. Ausnahmsweiſe können aber auch bei der Schenkung Fälle vorkommen, in welchen der Werth der Zuwendung an den Beſchenkten nachträglich zur Beurtheilung kommt; z. B. beim Widerruf u. ſ. w. In allen Fällen, wo das Object der Schenkung condicirt wird, gelten dann die eben entwickelten Grundſätze. Bei der Berechnung der Falcidiſchen Quart mit Rückſicht auf Schenkungen von Todes wegen wird auch im Fall der Delegation der allgemeine Grundſatz (l. 63. §. 1. ad legem Falcidiam 35,2) angewendet, daß der Werth des geſchenkten nomen nach der Solvenz des Schuldners abgeſchätzt wird.

l. 18. §. 1. cit. de mortis causa donationibus (39,6). Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaveris, omnimodo capere videbor tantam pecuniam, quanta a creditore meo liberatus fuero. Quodsi ab eodem ego stipulatus fuero, *eatenus capere existimandus ero, quatenus debitor solvendo fuerit.*

§. 20. Rückwirkung auf das Deckungsverhältniß.

Unſere bisherigen Betrachtungen (§§. 18. 19.) haben die Rückwirkung der vollzogenen Creditanweiſung auf das Valutaverhältniß in ſeinen

3) Vergl. darüber v. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen I. S. 247 folg.

verſchiedenen Modalitäten zum Gegenſtande gehabt. Wir müſſen jetzt noch die ähnliche Rückwirkung derſelben auf die zweite materielle Grundlage des Geſchäfts, auf das Deckungsverhältniß, kurz erörtern.

Bei der Betrachtung der Delegation im Allgemeinen haben wir geſehen: die Leiſtung des Delegaten wird in Folge des jussus des Delegaten ſo angeſehen, als wenn ſie ihm ſelbſt gemacht wäre. Jetzt haben wir es nur mit einer beſtimmten Art der Leiſtung zu thun, mit der Promiſſion einer abſtracten Geldſumme. Die Frage, die wir zu beantworten haben, iſt alſo die: mit welchem Erfolge, zu welchem Werthe wird dem Delegaten dieſe Promiſſion angerechnet? Der allgemeine Grundſatz, von welchem wir ausgingen, iſt der, daß das nomen dem baaren Gelde gleich geachtet wird. Die praktiſchen Conſequenzen dieſes Grundſatzes ſind aber für unſere jetzige Frage nicht von ſo eingreifender Bedeutung, wie für das Verhältniß des Delegatars. Dieſem ſollte das nomen die baare solutio oder numeratio vertreten, wiewohl er nur ein Forderungsrecht von vielleicht unſicherer Realiſirbarkeit erwarb; ihm drohte ein Verluſt, ihn traf die Gefahr. Umgekehrt kann der Delegat unter ſeiner eigenen Inſolvenz nicht leiden, und auch dem Deleganten gegenüber kann dieſelbe nicht mehr in Betracht kommen, weil dieſer von den Schickſalen des neuen nomen, bei dem er nicht betheiligt iſt, gar nicht weiter betroffen wird.

Dies iſt der Grund, weshalb die hier übrigbleibenden Zweifel überwiegend theoretiſcher Natur ſind. Das Endreſultat iſt ſowohl nach römiſchem, als nach heutigem Recht durch die Natur der Sache gegeben. Insbeſondere gilt dies von dem Hauptfall, der Delegation auf Schuld (delegatio debitoris), alſo eines liberatoriſchen Deckungsvertrages. A. iſt Gläubiger des B. und weiſt ihn an, dem C. auf ſeine Rechnung hundert zu promittiren. Dann wird B. von ſeiner Schuld auf Höhe von hundert frei, und zwar ſchon durch die Promiſſion, nicht etwa erſt durch die darauf folgende Zahlung an den Delegatar.

Auch dieſe Befreiung wird von der herrſchenden Lehre als eine Novation aufgefaßt. Die Stellen, welche von einer Novation in dieſem Verhältniſſe zwiſchen dem Deleganten und Delegaten ſprechen (l. 4. 27. 31. §. 1. h. t.) ſind aber noch unzweideutiger darin, daß ſie keine reine Delegation im Auge haben, ſondern ihre Entſcheidung aus beſonderen eigenthümlichen Vorausſetzungen in Bezug auf den Inhalt der Delegationsſtipulation entnehmen. Bei der ſpäteren genaueren Betrachtung dieſer Stellen wird ſich dies näher herausſtellen.

Wenn aber auch von dem Geſichtspunkte der Novation abgeſehen wird, bleibt wenigſtens für das römiſche Recht noch eine andere Frage übrig, ob nämlich die Befreiung des Delegaten ipso jure oder nur per exceptionem erfolgt. Auch das Letztere ließe ſich theoretiſch allen-

falls rechtfertigen, ſelbſt wenn man im Allgemeinen den Hauptgrundſatz feſthält, daß die Promiſſion in ihrer Rückwirkung auf die materiellen Grundlagen der Delegation der Zahlung gleichſteht. Bekanntlich war es auch in dem der directen Zahlung noch näher ſtehenden Falle der datio in solutum in älterer Zeit bei den Römern controvers, ob die Tilgung der Schuld ipso jure oder per exceptionem erfolgte (Gaj. III. §. 168.). Man könnte ſich denken, daß in unſerem Falle eine der Anſicht der Proculejaner analoge Auffaſſung Geltung behalten hätte. Ich erwähne dieſe Möglichkeit beſonders deshalb, weil eine ähnliche Anſicht von Thöl vertreten wird:[1]) »Der Delegat hat die exceptio doli: es »iſt auf Schuld delegirt, und Du willſt mir die Deckung, die mir Zah»lung oder Sicherheit iſt, nehmen.« Gleichwohl halte ich dieſelbe für irrig, und glaube, daß die Schuld des Delegaten bei der Creditanweiſung ebenſo wie bei der Zahlungsanweiſung ipso jure unterging. Eine directe Vergleichung der Delegation mit einer solutio in der Richtung des Deckungsvertrages kommt allerdings nur einmal in den Quellen vor:

> l. 37. §. 4. de operis libertorum (38,1). Si creditori suo libertum patronus delegaverit, — *solutionis vicem continet haec delegatio.*

Die gewöhnlichere Ausdrucksweiſe liberatio iſt zweideutiger, und könnte ebenſogut auf eine Befreiung per exceptionem gedeutet werden. Ebenſo andere umſchreibende Wendungen, z. B. in der bereits früher (S. 66) ausführlich analyſirten l. 38. de jure dotium (23,3): si coeperit velle de dote agere, ipsa secum debebit compensare jussum suum. Dagegen halte ich für entſcheidend

> l. 21. §. 1. de donationibus (39,5). Si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere jussi — perinde est, quasi exactam a debitore meo pecuniam tibi donaverim, et tu illam ei credideris. Sed ego, si quidem pecuniae a debitore meo nondum solutae sunt, *habeo adversus debitorem meum rescissoriam* in id quod supra legis modum tibi promisit, ita ut in reliquum tantummodo tibi maneat obligatus.

Abgeſehen von der Gleichſtellung der Promiſſion mit pecunia exacta, enthält dieſe Stelle noch die charakteriſtiſche Conſequenz, daß die getilgte Schuld des Delegaten nur durch das außerordentliche Rechtsmittel einer actio rescissoria wiederhergeſtellt werden kann. Dies iſt dieſelbe Art von Klagen, die ſonſt actiones restitutoriae heißen[2]), und die nie-

1) Handelsrecht I. §. 130.

2) Ad hoc scilicet, ut ei restituatur actio vetus, quae dicitur rescissoria eo quod rescissa liberatione, quae contigerat per delegationem, datur. (gloss. ad h. l.)

mals anders als bei vollständiger Zerstörung der früheren Obligation gegeben werden. Existirte die alte Klage noch, so würde der exceptio doli oder in factum hier mit einer replicatio legis Cinciae zu begegnen gewesen sein.

Anders gestaltet sich die Sache nur in solchen Ausnahmsfällen, wo die Promission des Delegaten aus irgend einem Grunde keine volle Wirksamkeit hat, und seine Befreiung also nur auf die Bereicherung des Deleganten zurückzuführen ist. Z. B. l. 39. i. f. de donationibus inter virum et uxorem (24,1). In solchen Fällen wirkt auch die Zahlungsanweisung, wie die direkte Zahlung selbst, nur per exceptionem. Z. B. l. 16. de doli exceptione (44,4), l. 15. de solutionibus (46,3).

Der wichtigste Fall für unsere Frage ist der eines obligatorischen Deckungsvertrages. Für die Klage aus einem solchen gelten analoge Regeln, wie wir sie bereits bei einem obligatorischen Valutavertrage kennen gelernt haben. Häufig wird in concreto über den Werth der von dem Deleganten zu gebenden Vergütung bestimmt sein, dann ist natürlich die Abrede der Partheien maßgebend. Wenn z. B. der Delegant Darlehnsschuldner werden will, so ist der Betrag seiner Schuld eben gleich der des Darlehns, und es ist ganz ebenso, als wenn er die Darlehnssumme baar erhalten hätte:

> l. 19. §. 3. de institoria actione (14,3) — quod servus pro eo qui pecuniam foeneravit per delegationem alii promisit, a domino recte petetur, *cui pecuniae creditae contra eum qui delegavit actio quaesita est.*

Häufig wird aber eine solche Abrede in dem Deckungsvertrage auch nicht enthalten sein; z. B. wenn dotis causa, oder in Folge eines Mandats promittirt wird oder wenn aus irgend einem Grunde die Leistung des Delegaten condicirt wird. In einem solchen Falle erwirbt der Delegat eine Klage, sei es nun eine wirkliche condictio, oder eine condictionsähnliche Klage, wie auch die eigentliche Revalirungsklage (actio mandati contraria) schon mit dem Augenblicke der Promission, und zwar selbst in dem Falle, wenn die Anweisung auf Zahlung gerichtet war.

> l. 45. §. 4. mandati (17,1) s. oben S. 108.

Soweit zeigt sich der Einfluß des Grundsatzes, daß die Promission der Zahlung gleichsteht. Das Object der Klage aber ist verschieden, je nachdem der Delegat nur promittirt, oder in Folge seiner Promission auch Zahlung geleistet hat. Nur im letzteren Fall geht seine Klage auf Zahlung, im ersteren nur auf Liberation von der übernommenen Verbindlichkeit.

> l. 9. §. 1. de condictione c. d. c. n. s. (12,4).
> l. 8. §. 2. i. f. ad SC. Vellejanum (16,1).
> l. 5. §. 5. de doli exceptione (44,4).
> l. 12. h. t.

Mit dieſen ſämmtlich bereits früher (S. 64) mitgetheilten Stellen iſt noch zu vergleichen

l. 45. §. 5. mandati (17,1) (S. 65) und

l. 28. de negotiis gestis (3,5).

Hat endlich der Delegat ſchenkungshalber promittirt, ſo wird ihm ſeine Leiſtung gar nicht vergütet; für dieſen Fall verliert wiederum die Frage in ihrer Hauptgeſtalt alle Bedeutung. Kommt es unter beſonderen Umſtänden auf eine Werthsermittelung der dem Deleganten zugewendeten Bereicherung an, ſo ſtellt ſich die Sache etwas anders, als bei einer Schenkung in der Richtung des Valutaverhältniſſes (S. 114). Der Delegant nämlich, um deſſen Bereicherung es ſich hier handelt, ſteht zu dem Geſchäft im Ganzen nicht in einem einfachen Verhältniß wie der Delegatar, der nur empfängt, und der Delegat, der nur giebt. In ſeinem Vermögen wird vielmehr ein doppeltes materielles Geſchäft durch die Delegation vollzogen, ein actives und ein paſſives. Eine Bereicherung kann daher bei ihm nur nach dem Geſammtreſultat der Operationen in beiden Richtungen beurtheilt werden. Es muß alſo in dieſem Verhältniß die Beſonderheit des Valutavertrages mit in Betracht gezogen und danach im Einzelnen unterſchieden werden. Entweder: der Delegant, welchen wir dem Delegaten gegenüber als Schenknehmer vorausſetzen, hat zahlungshalber delegirt; dann beträgt ſeine Bereicherung ſo viel, wie die Schuld, von welcher er befreit worden iſt.

l. 18. §. 1. de mortis causa donationibus (39,6). Si donaturus mihi mortis causa debitorem tuum creditori meo delegaveris, omnimodo *capere videbor tantam pecuniam, quanta a creditore meo liberatus fuero.*[3])

Oder: der Delegant hat credendi causa (futuro debitori) delegirt; dann beſteht ſeine Bereicherung nur in der Forderung, die er gegen den Delegatar erworben hat. Oder endlich: der Delegant hat auch ſeinerſeits weiter geſchenkt (z. B. l. 2. §. 2. l. 33. §. 3. de donationibus 39,5); dann iſt er für ſeine Perſon gar nicht bereichert worden.

§. 21. Die neue Obligation zwiſchen dem Delegaten und Delegatar.

Wir haben bisher die Rückwirkung der durch Promiſſion vollzogenen Delegation auf deren materiellen Grundlagen in Betracht gezogen, zuerſt auf das Valutaverhältniß (§§. 18. 19.), ſodann auf das Deckungs-

3) Das complicirte Geſchäft zwiſchen vier Perſonen, von welchem in dieſer Stelle die Rede iſt, muß nämlich in zwei Delegationen aufgelöſt werden. Die erſte (debitorem tuum mihi delegaveris) haben wir früher (S. 114) in Betracht gezogen. Hier handelt es ſich um die zweite, bei der ich, der Beſchenkte, meinem Gläubiger promittiren laſſe.

verhältniß (§. 20.); es bleibt übrig, die durch die Stipulation einerseits und Promission andererseits zwischen dem Delegatar und Delegaten selbst hervorgebrachte Obligation in ihrer näheren Beschaffenheit zu untersuchen. Dieser Gegenstand kann nach dem, was bereits früher vorausgeschickt ist, um so kürzer erledigt werden, als er auch nach der herrschenden Lehre im Wesentlichen correct und erschöpfend ins Licht gestellt wird.[1])

Die neue Obligation zwischen Delegatar und Delegaten ist eine rein abstracte, einfache; ein bloßes Summenversprechen. Sie beruht auf keiner anderen causa, als auf dem gemeinschaftlichen Bewußtsein beider Contrahenten, daß sie für Rechnung eines Dritten (jussu alterius) eingegangen wird. Die materiellen Grundlagen des Geschäfts liegen in den beiderseitigen Beziehungen der Contrahenten zu eben diesem Dritten, dem Deleganten, in der Valuta und in der Deckung. Von diesen materiellen Grundlagen ist der Bestand der neuen Obligation unabhängig. Sie wird deshalb auch von keinerlei Einreden betroffen, die in den Beziehungen zum Deleganten ihren Ursprung haben könnten. Der Delegat, welcher dem Delegatar promittirt hat, kann ihm nicht dasjenige entgegensetzen, was ihm einen Gegenanspruch an den Deleganten geben würde (Deckung), noch weniger dasjenige, woraus der Delegant einen Gegenanspruch an den Delegatar herleiten könnte (Valuta).

Vorzugsweise der erste Theil dieses Satzes ist es, der in den Quellen in zahlreichen Anwendungen ausgesprochen wird, am allgemeinsten in

> l. 19. h. t. Doli exceptio quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. Idemque est et in ceteris similibus exceptionibus.

Ein Beispiel des zweiten Theiles liefert:

> l. 21. §. 1. de donationibus (39,5). Si debitorem meum tibi donationis immodicae causa promittere jussi, an summovearis donationis exceptione, necne? tractabitur. Et meus quidem debitor exceptione te agentem repellere non potest.

Diese Eigenschaft der Creditanweisung ist nur eine Consequenz des allgemeinen Grundsatzes, daß bei jeder Delegation nur in dem Valuta- und Deckungsverhältniß materielle Rechtsgeschäfte vorgenommen werden, welche durch die Leistung des Delegaten in doppelter Richtung ausgeglichen werden. Wir haben bereits oben (S. 62, 63) gesehen, daß der Delegat mit seiner condictio sich nicht an den halten kann, dem er geleistet hat, sondern nur an den, auf dessen jussus er geleistet hat. Was ganz all-

1) Ich verweise namentlich auf die sehr präcise Behandlung von Thöl, Handelsrecht I. §. 131.

gemein von der condictio gilt, gilt im beſonderen Falle der Creditanweiſung auch von der exceptio, welche ja nur eine andere Form iſt, in welcher daſſelbe Recht geltend gemacht wird. Weil der Delegat eben nur gegen den Deleganten eine condictio hat, ſo hat er gegen den Delegatar weder eine condictio, noch eine exceptio.

Der eigentliche Grund, aus welchem nach logiſcher Conſequenz der Grundſatz, von dem wir ſprechen, abzuleiten iſt, iſt alſo der der l. 66. de solutionibus (46,3): nec condicere potest creditori, *cum quo alterius jussu contraxit.* Gerade bei der Creditanweiſung aber ſtellen die Römiſchen Juriſten in der Regel ein anderes Argument in den Vordergrund; nämlich daß, wie wir geſehen haben, dem Delegatar die neue Obligation als baares Geld angerechnet wird. Das wäre allerdings unmöglich, wenn dieſelbe mit allen Einreden aus der Perſon des Deleganten behaftet bliebe; eben deshalb iſt dies ein ſehr ſchlagendes argumentum ad hominem, wenngleich dem Grunde der Sache nach die Unanfechtbarkeit der Obligation Vorausſetzung, nicht Folge ihres abſoluten Werthes iſt. Die zahlreichen Beiſpiele ſolcher Argumentation ſind auch von Andern bemerkt worden[2]), indeß gewinnen ſie erſt im Zuſammenhange mit den Reſultaten unſerer bisherigen Unterſuchung ihr volles Verſtändniß. Es gehören hierher:

l. 21. §. 1. de donationibus (39,5) — *quia perinde est, quasi exactam a debitore meo pecuniam tibi donaverim et tu illam ei crediderit.*

creditor: *suum recepit* l. 21. pr. eod. l. 12. h. t.
debitum persequitur l. 33. h. t.
suum petit l. 5. §. 5. de doli exceptione (44,4).
suum negotium gerit l. 33. §. 3. i. f. de donationibus (39,5).

maritus: *suo nomine agit, non ducturus uxorem, nisi dotem accepisset* l. 5. §. 5. cit.
suum negotium gerit, et nihil dolo facit, nec decipiendus est, quod fit, si cogatur indotatam uxorem habere l. 9. §. 1. de condictione c. d. c. n. s. (12,5).
ne indotata fiat l. 4. §. 21. de doli exceptione (44,4).

Auf die in l. 19. h. t. für unſeren Satz gegebene eigenthümliche Begründung werde ich noch zurückkommen (ſ. S. 130).

Beſondere Betrachtung verdienen aber hier noch gewiſſe Ausnahmsfälle, in denen der Grundſatz ſelbſt Modificationen erleidet. Es giebt nämlich im Gebiete des römiſchen Rechts einige Geſetze von particulärem Charakter, denen eine ſo durchgreifende Geltung beigelegt iſt, daß ſie in ſpeciellen Fällen auch der Delegation gegenüber einen überwiegenden

2) Z. B. Witte, die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts S. 77 folg. auch Thöl a. a. O.

Einfluß gewinnen und dadurch die Regel zu durchbrechen im Stande sind. Das wichtigste Gesetz dieser Art ist das Senatusconsultum Vellejanum. Der exceptionelle Schutz, der durch dieses Gesetz den Frauen gegen jede Art von Intercession gewährt wird, kann unter Umständen mit der Theorie der Delegation dergestalt in Conflict kommen, daß diese nicht zu ihrer gewöhnlichen Wirkung gelangt. Eine Delegation kann den Charakter einer Intercession aus doppeltem Grunde annehmen; entweder steckt dieselbe in dem Deckungsvertrage, oder in dem Valutavertrage. Ich beginne mit dem ersteren Falle. Denken wir uns zunächst die einfachste Form der Delegation als eines Geschäfts zwischen drei Personen. Wenn der Delegatar Gläubiger des Deleganten ist, also tilgungshalber delegirt wird, so kann dem Geschäfte zwischen dem Deleganten und Delegaten die Absicht zu Grunde liegen, daß der letztere die neue Schuld lediglich im Interesse des Deleganten übernimmt. Dann intercedirt der Delegat, und eine delegirte Frau genießt in einem solchen Falle den Schutz des SC. Vellejanum. Der Delegatar muß sich also dann eine Einrede wegen der eigenthümlichen Beschaffenheit des Deckungsvertrages gefallen lassen. Dagegen fällt diese Einrede weg, wenn die Delegatin Schuldnerin des Deleganten war.

l. 24. pr. ad SC. Vellejanum (16,1) c. 2. eod. (4,29).

Zweifelhaft ist nur der Fall, wenn die Delegatin als Schuldnerin des Deleganten vorausgesetzt war, es aber aus factischen oder rechtlichen Gründen nicht ist. Hier haben ihr die Römer theils die exceptio SC. Vellejani gegen den Delegatar, theils die regelmäßige condictio gegen den Deleganten gegeben. Das erstere in l. 17. pr. ad SC. Vellejanum (16,1), das letztere in c. 2. de condictione indebiti (4,5). Dieselbe Antinomie findet sich bei der Entscheidung des besonderen Falles, wo die vorausgesetzte Schuld wegen einer früheren Intercession ungültig ist, zwischen l. 19. h. t. und l. 8. §. 2. ad SC. Vellejanum (16,1). Ob diese widersprechenden Quellenaussprüche durch verschiedene besondere Voraussetzungen der einzelnen Fälle in Einklang gebracht werden können, kann hier nicht näher untersucht werden.[3])

Umgekehrt kann eine Intercession bei der Delegation auch durch die Eigenthümlichkeit des Valutavertrages vorkommen; dann intercedirt nicht der Delegat, sondern der Delegant. Dies geschieht, wenn der Delegant die Schuld einer bei der Delegation nicht betheiligten vierten Person übernehmen will, aber statt einer directen Promission den Delegaten statt seiner substituirt. In diesem Falle wird unterschieden, ob auf

3) Vergl. darüber Hasenbalg, Intercession S. 40—55, mit dessen Ausführung aber die von ihm nicht berücksichtigte c. 2. de condictione indebiti (4,5) schwerlich vereinbar ist. Die beiden in l. 8. §. 2. cit. ad SC. Vellejanum einander entgegengestellten Fälle werden gleich noch näher erörtert werden (S. 127).

Schuld oder auf Credit delegirt iſt; erſterenfalls ſteht die Delegation der Zahlung gleich, und deshalb wird die exceptio senatusconsulti nicht gegeben, auch wenn eine Frau delegirt hat;

l. 8. §. 5. ad SC. Vellejanum (16,1.)

letzterenfalls hat die Delegantin gegen den Delegaten, und dieſer gegen den Delegatar die Einrede.

l. 8. §. 6. l. 19. §. 5. eod.

Derſelbe Unterſchied wird gemacht, wenn die Delegantin bereits für jene vierte Perſon intercedirt hat, und die übernommene Schuld durch Delegation tilgen will; nur daß dann die Delegantin, wenn ſie ihren Schuldner delegirt hat, eine condictio gegen den Delegatar hat, weil ſie ein indebitum gezahlt hat.

l. 8. §§. 3. 4. eod.

In dieſen Fällen kann alſo der Delegat eine Einrede aus der Perſon der Delegantin erhalten, weil dieſe vermöge des Valutavertrages Intercedentin iſt.

Ein zweiter Rechtsſatz, dem die römiſchen Juriſten einen übergreifenden Einfluß auf die Grundſätze der Delegation eingeräumt haben, iſt das Schenkungsverbot zwiſchen Ehegatten, und zwar geht derſelbe hier ſoweit, daß eine Delegation, welche zum Zwecke einer ſolchen Schenkung vorgenommen wird, ipso jure nichtig iſt, ſo daß aus der Delegationsſtipulation gar keine Klage gegeben wird. Dieſer Erfolg tritt ſowohl dann ein, wenn die verbotene Schenkung in dem Valutavertrage, als wenn ſie in dem Deckungsvertrage liegt.

l. 5. §§. 3. 4. l. 39. de donationibus inter virum et uxorem (24,1).

Dagegen ordnet ſich das Verbot übermäßiger Schenkungen aus der lex Cincia der regelmäßigen Behandlung der Delegation unter.

l. 21. §. 1. de donationibus (39,5).

Endlich giebt es noch gewiſſe Fälle, in denen die Römer aus Rückſichten der Billigkeit von der Strenge der Theorie abgewichen ſind, und dem Delegaten ſowohl eine exceptio doli, als eine condictio auf Liberation gegen den Delegatar gegeben haben, nämlich dann, wenn der Delegat irrthümlich als Schuldner des Deleganten vorausgeſetzt war und zugleich entweder der Delegant dem Delegatar ſchenken wollte, oder ſich wiederum irrthümlich für den Schuldner des Delegatars hielt.

l. 2. §§. 3. 4. de donationibus (39,5).

l. 7. pr. §. 1. de doli exceptione (44,4).

In der letzteren Stelle iſt in den Schlußworten:

Et habet haec sententia Juliani humanitatem, ut etiam adversus hunc utar exceptione et condictione, cui sum obligatus.

ausdrücklich angedeutet, daß hier eine bewußte Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen zu Gunsten besonderer Billigkeitsgründe gemacht wird. Demgemäß ist diese Ausnahme jedenfalls streng auf die angegebenen Fälle zu beschränken.

§. 22. Die titulirte Creditanweisung. Besonderheit der Stipulation dotis nomine. Uebergang der Delegation in die Succession.

Die Darstellung der reinen Creditanweisung könnte hiermit als geschlossen gelten; die charakteristischen Eigenschaften derselben nach römischem Recht lassen sich auf zwei Hauptgrundsätze zurückführen. Die Obligation des Delegaten gilt für die materiellen Unterlagen des Geschäfts dem baaren Gelde gleich; und umgekehrt, sie ist aus diesen materiellen Verhältnissen nicht anfechtbar. Beide Eigenschaften hängen innig mit einander zusammen; beides sind Ausflüsse der völlig abstracten Natur des nomen, welches die Leistung des Delegaten in diesem Falle bildet. Dieses abstracte nomen wurde im römischen Recht durch die förmlichen Contractsgattungen, Litteralcontract oder Verbalcontract verwirklicht. Es bildet die Basis des ganzen Geschäfts; sowie wir diese Basis verlassen, entfernen wir uns von dem reinen Institut. Mit dieser Voraussetzung verlieren die daraus entwickelten Resultate ihre Anwendbarkeit. Es kommt jetzt noch darauf an, dieselben als ausschließliche Eigenschaften der reinen Delegation nachzuweisen.

Ich habe schon oben bei den allgemeinen Untersuchungen über die Delegation den Gegensatz zwischen reiner und titulirter Delegation entwickelt. Wir müssen jetzt auf diesen Gegensatz bei der Creditanweisung besonders zurückkommen. Sowie die Obligation des Delegaten sich durch Aufnahme materieller Elemente aus dem Valuta- oder Deckungsvertrage specialisirt, geht die reine Delegation in die titulirte über. Für die titulirte Delegation gilt weder der Grundsatz der absoluten geldgleichen Schätzung der neuen Obligation, noch der ihrer Unanfechtbarkeit. Dies darf nicht als Ausnahme von der Regel aufgefaßt werden; die Regel verliert ihre Gültigkeit mit der Modification ihrer Voraussetzungen. Indessen sind diese Modificationen in größerem oder geringerem Grade möglich; es bilden sich demgemäß auch in verschiedenen Richtungen mannigfache Abstufungen im Resultat, welche nur die negative Seite mit einander gemein haben, im Einzelnen aber nach ihren besonderen Eigenthümlichkeiten besonders beurtheilt werden müssen.

Ich will mit einem Beispiele beginnen, in welchem die Modification eine verhältnißmäßig geringfügige ist, nämlich der Stipulation dotis

nomine.[1]) Die Formel einer Stipulation, welche zur Bestellung einer dos bestimmt war, lautete bei den Römern:

centum *dotis nomine* dare spondes? l. 20. 48. pr. de jure dotium (23,3). l. 108. pr. de V. O. (45,1).

Indessen war wenigstens in späterer Zeit nicht einmal die ausdrückliche Aufnahme der Klausel in die Stipulationsformel erforderlich, sondern der einfache Consens der Partheien genügte, um der Obligation die besonderen Eigenschaften eines Dotalkapitals zu geben.

l. 23. de jure dotium (23,3) — in stipulatione non est necessaria dotis adjectio.

Diese besonderen Eigenschaften bestanden vor Allem darin, daß die Forderung von dem Bestande der Ehe abhängig wurde; es wurde die Bedingung subintelligirt: si nuptiae secutae essent.

l. 21. 41. §. 1. eod. l. 4. §. 2. de pactis (2,14).

Wenn nun Jemand behufs Bestellung einer dos dem Manne delegirt wurde, so hatte er auch als Delegat dem Delegatar gegenüber diejenigen Einreden oder sonstigen Schutzmittel, welche aus diesem besonderen Verhältnisse (Valutaverhältniß) entsprangen; vorausgesetzt, daß er entweder ausdrücklich dotis nomine promittirte, oder daß wenigstens auch zwischen ihm und dem Ehemanne über die Bestimmung der Obligation consentirt war. Im letzteren Falle wurde der Unterschied von der reinen Delegation in der äußeren Erscheinung gar nicht einmal bemerkbar. Es lag eine einfache stipulatio certae pecuniae vor.

Unser Beispiel ist gerade dasjenige, welches Thöl im Auge hat mit der Bemerkung, von der ich die Bezeichnung titulirte Delegation hergenommen habe:[2]) »Wenn der Delegat nicht schlechtweg versprach, »sondern ein titulirtes Versprechen gab, so treffen den Delegatar die »Einreden, die aus dem Titel dieses Versprechens folgen.« Es kommen in den Quellen mehrfache Anwendungen davon vor, z. B.

l. 7. pr. de condictione c. d. c. n. s. (12,4). Qui se debere pecuniam mulieri putabat jussu ejus *dotis nomine* promisit sponso et solvit: *nuptiae deinde non intercesserunt.* Quaesitum est: utrum ipse possit repetere eam pecuniam, qui dedisset, an mulier? Nerva et Atilicinus responderunt — *ipsum repetiturum;* — si autem vere debitor fuisset, et ante nuptias solvisset, et nuptiae secutae non fuissent, *ipsum posse condicere*, causa debiti integra mulieri ad hoc solum manente, ut ad nihil aliud debitor compellatur, nisi ut cedat ei condicticia actione.

1) Beiläufig mag hier erwähnt werden, daß in diesem besonderen Falle die Delegation auch durch die dictio dotis des älteren Rechts vollzogen werden konnte. Ulp. VI. §. 2.

2) Handelsrecht I. §. 131. bei Note 2.

Die Condiction, welche hier dem Delegaten gegen den Delegatar gegeben wird, beruht auf keinem anderen Fundamente, als der Qualification seiner Schuld als einer Dotalschuld, welche nach dem Scheitern der beabsichtigten Ehe hinfällig geworden ist. Aehnlich ist das Verhältniß in l. 80. de jure dotium (23,3) und bei einer analogen dotis causa erfolgten Acceptilation in l. 36. i. f. 37. eod. Ferner zeigt sich derselbe Einfluß nach aufgelöster Ehe:

l. 9. §. 1. de cond. causa data (12,4). Si quis indebitam pecuniam per errorem jussu mulieris sponso ejus promisisset, et nuptiae secutae fuissent, exceptione doli mali uti non potest. — Itaque adversus mulierem condictio ei competit, ut aut repetat ab ea, quod marito dedit, aut ut liberetur si nondum solvit. *Sed si soluto matrimonio maritus peteret, in eo duntaxat exceptionem obstare debere, quod mulier recepturа esset.*

Vergl. auch

l. 41. pr. de re judicata (42,1) — cui similis est maritus, *maxime si constante matrimonio petat.*

Unter Umständen wird sogar während der Dauer der Ehe dem Delegaten eine Einrede gestattet, nämlich soweit diese aus einem früheren Dotalverhältniß stammt:

l. 32. soluto matrimonio (24,3). Si prior maritus posteriori *dotis nomine* tanquam debitor mulieris dotem promiserit, *non plus quam id quod facere possit dotis futurum est.* [3])

Im Allgemeinen aber behält dieser Fall, so lange die Ehe besteht, den Charakter der reinen Delegation bei; dies zeigt sich denn namentlich darin, daß der Mann, wie wir gesehen haben, das periculum nominis zu tragen hat, wovon eben nur für die Dauer der Ehe die Rede sein kann.

Bei weitem der wichtigste Fall einer titulirten Creditanweisung ist derjenige, wo die Obligation des Delegaten ihrem Inhalte nach von dem Bestande und der besonderen Beschaffenheit einer bestehenden Schuld abhängig gemacht wird. Diesen Fall von dem der reinen Creditanweisung nicht hinreichend unterschieden zu haben, ist der Hauptvorwurf, welcher die herrschende Lehre trifft. In diesem Falle nämlich geht die Delegation in eine wahre Succession über, indem die neue Obligation in allen ihren wesentlichen Eigenschaften mit der früheren dergestalt identisch wird, daß sie als eine Fortsetzung derselben mit veränderten Subjecten aufgefaßt werden kann. Und zwar ist dies auf doppelte Weise möglich. Entweder der Delegant ist Gläubiger des Delegaten (Deckungsverhältniß)

3) Ich halte es hiernach zur Erklärung dieser Stelle nicht für erforderlich, wie Liebe (Stipulation S. 284) thut, eine noch weiter specialisirte Stipulationsformel: quidquid ex causa rei uxoriae dari fieri oportet vorauszusetzen.

und gestattet dem Delegatar eine mit der seinigen übereinstimmende Forderung von dem Delegaten zu erwerben. Dann findet eine active Succession, eine Veränderung in der Person des Gläubigers statt. Oder der Delegant ist Schuldner des Delegatars (Valutaverhältniß) und weist den Delegaten an, eine mit der seinigen übereinstimmende Schuld bei dem Delegatar zu übernehmen. Dann findet eine passive Succession, eine Veränderung in der Person des Schuldners statt. Im ersteren Falle bleibt der Inhalt des Valutavertrages, im letzteren der des Deckungsvertrages, wie früher unbestimmt.

Es gab im älteren Recht zwei Formen, mittelst deren eine Succession in obligatorische Verhältnisse verwirklicht werden konnte: Litiscontestation und Novation. Beide waren für die active und passive Succession gleich anwendbar. Durch die Litiscontestation wurde die ältere Obligation beliebigen Ursprungs in eine Proceßobligation von gleichem Inhalte, das dare oder dare facere oportere in ein gleichwerthiges condemnari oportere verwandelt. Der Wechsel der Person wurde in der Klagformel ausgedrückt, so daß das alte Partheienverhältniß in die intentio, das neue in die condemnatio der Formel aufgenommen wurde. Die Novation dagegen verwandelte die frühere Obligation in ein neues dare oportere, welches durch Stipulation zwischen den neuen Partheien unmittelbar constituirt wurde. Die Bezugnahme auf die frühere Obligation gelangte hier in der Stipulationsformel dadurch zum Ausdruck, daß dieselbe eine relative Fassung erhielt. Entweder wurde dieselbe direct der entsprechenden Klagformel nachgebildet: quidquid ex vendito dare facere oportet, dare spondes? Oder die Bezugnahme beschränkte sich auch auf das frühere Partheienverhältniß: quod Sejo debes, mihi dare spondes? quod mihi Titius debet, dare spondes? — jene für die active, diese für die passive Succession. In allen Fällen waren diese Formeln stipulationes incerti, und deshalb von der reinen Delegationsstipulation schon ihrer äußeren Gestalt nach unterscheidbar.

Nur für die titulirte Delegation in dieser Gestalt kann auch die Litiscontestation als Vollzugsform der Delegation in Betracht kommen (l. 11. §. 1. h. t.). Diese ist in umgekehrter Richtung ebenso beschränkt in ihrer Anwendbarkeit wie die Expensilation, von welcher wir gesehen haben, daß sie nur eine reine Delegation erzeugen konnte. Die Stipulation war die einzige Form, welche sowohl das eine als das andere Geschäft reproduciren konnte, indem sie je nach der Fassung der Stipulationsformel bald das abstracte nomen des Litteralcontracts, bald die individualisirte Obligation des Proceßacts nachbildete. Daß sie ursprünglich nur vermöge der letzteren Verwandtschaft die Eigenschaft einer Novationsstipulation annehmen konnte, wird Gegenstand späterer Erörterung sein.

Als vorläufiges Beispiel möge hier nur eine Quellenstelle dienen:

l. 27. h. t. Emtor cum delegante venditore pecuniam *ita promittit: quidquid ex vendito dare facere oportet*, novatione secuta, usuras neutri post insecuti temporis debet.

Wenn der Käufer auf Delegation des Verkäufers mit der formula incerta promittirt, dann tritt Novation ein, und deshalb wird der Zinsenlauf sistirt.

Die ganze Lehre von der activen und passiven Successsion in obligatorische Verhältnisse und ihrem Verhältnisse zur Delegation muß einem späteren Abschnitt unserer Untersuchung (dritte Abtheilung) vorbehalten bleiben. Sie setzt eine vollständige Darstellung der Novation und der mit ihr verwandten Litiscontestation auch nach ihren sonstigen Functionen voraus, zu welcher wir vorerst übergehen müssen (zweite Abtheilung).

An dieser Stelle kommt es nur noch darauf an, die reine Delegation, von welcher wir bisher gesprochen haben, der Successsion gegenüber als ein selbstständiges, unter der Herrschaft eigenthümlicher Grundsätze stehendes Gebiet abzugrenzen. Es kommen in den Digesten zwei Stellen vor, in welchen der Gegensatz von reiner und titulirter Delegation gerade in dieser Richtung ex professo besprochen wird. Beide sind schon mehrfach gelegentlich erwähnt worden, sie müssen jetzt noch im Zusammenhange betrachtet werden.

Die erste dieser Stellen ist:

l. 8. §. 2. ad SC. Vellejanum (16,1). Si mulier apud Primum pro Secundo intervenerit, mox pro Primo apud creditorem ejus, duas intercessiones factas Julianus libro duodecimo Digestorum scribit, unam pro Secundo apud Primum, aliam pro Primo apud creditorem ejus, et ideo et Primo restitui obligationem, et adversus eum. Marcellus autem notat: *esse aliquam differentiam, utrum hoc agatur, ut ab initio mulier in alterius locum subdatur, et onus debitoris a quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat, an vero quasi debitrix delegatur?* scilicet ut, si quasi debitrix delegata est, una sit intercessio. Proinde secundum hanc suam distinctionem in prima visione, ubi quasi debitrix delegata est, exceptionem ei senatusconsulti Marcellus non daret, sed condemnata, vel ante condemnationem condicere utique ei, a quo delegata est poterit, vel quod ei abest, vel si nondum abest liberationem.

Es ist von einer doppelten — und zwar privativen (*restitui* obligationem) — Intercession einer Frau die Rede. In Bezug auf das zweite Rechtsgeschäft dieser Folge wird von Marcellus je nach der Intention der Partheien (utrum hoc *agatur*) eine Unterscheidung gemacht,

Der eine Fall: mulier quasi debitrix delegatur charakterisirt sich in seinen Consequenzen ganz als die reine Delegation, die wir kennen gelernt haben; die Delegatin hat keine Einrede gegen den Delegatar, sondern nur eine condictio gegen den Deleganten. Dieses Geschäft wird hier nicht als Intercession behandelt[4]) (una est intercessio). Die jussu Secundi an seinen Gläubiger geleistete promissio wird ihm vielmehr als Zahlung auf die bei ihm übernommene Schuld angerechnet; nur weil diese Schuld aus der ersten Intercession in Folge des Senatusconsults einem indebitum gleichsteht, kann die promissio condicirt werden, gerade wie in c. 2. de condictione indebiti (4,5). — Diesem Falle ist nun ein anderer entgegengestellt, dessen Voraussetzungen folgende sind:

ab initio mulier *in alterius locum subdatur* et onus debitoris, *a quo obligationem transferre creditor voluit*, suscipit.

Dies ist die deutliche Umschreibung eines Successionsactes, d. h. eines solchen Geschäfts, durch welches die Intercedentin eine mit der Schuld des Secundus identische Obligation bei seinem Gläubiger übernehmen will. Diese Identität soll von vorn herein (ab initio) zum Ausdruck kommen, offenbar durch eine relative Stipulation: quod Secundo debes, mihi dare spondes? im Gegensatz zu der absoluten Fassung bei der reinen Delegation: centum dare spondes? Ein solches Geschäft hat nicht Zahlungscharakter, sondern bildet eine zweite Intercession, welche als solche von Neuem die exceptio senatusconsulti und eine actio restitutoria erzeugt.

Noch klarer wird die Natur dieses Gegensatzes, wenn wir die zweite Stelle vergleichen, die ich im Auge habe:

l. 37. §. 4. de operis libertorum (38,1). Si creditori suo libertum patronus delegaverit, non potest idem dici; solutionis enim vicem continet haec delegatio. Potest tamen dici, *si in id, quod patrono promisit, alii postea delegatus sit*, posse eum liberari ex hac lege; nam verum est, patrono eum expromisisse, quamvis patrono nunc non debeat; *quodsi ab initio delegante patrono libertus promiserit*, non liberari eum.

Nach der lex Julia et Papia Poppaea wurde ein libertinus durch das jus liberorum von der operarum obligatio gegen seinen Patron frei. Der Jurist bespricht den Einfluß dieses Gesetzes in dem Falle, wo der Patron seinen libertus einem Dritten delegirt hat. Es handelt sich also hier allerdings nicht um eine Obligation auf certa pecunia, nicht einmal auf ein dare überhaupt, sondern sogar auf eine facere.

4) Ueber die gegentheilige Auffassung in l. 19. h. t. vergl. oben S. 121. Man könnte versucht sein, in dieser Stelle eine der anderen Alternative des Marcellus entsprechende Voraussetzung zu unterstellen; dem widerspricht aber der übrige Inhalt derselben.

Die operae, wenigſtens die operae officiales, wurden aber von den Römern ganz wie fungible Quantitäten behandelt und können daher ſehr wohl als Gegenſtand einer reinen Delegation gedacht werden.

Vergl. l. 26. §. 12. de condictione indebiti (12,6).

Von dieſem Falle geht unſere Stelle aus; dem creditor gegenüber wird der promissor nicht frei, die Delegation hat Zahlungscharakter (solutionis vicem continet). Nun folgt die Ausnahme:

> si *in id quod patrono promisit*, alii postea delegatus sit, posse eum liberari ex hac lege.

Hier iſt die relative, titulirte Faſſung der Delegationsſtipulation in dieſem Ausnahmsfall noch deutlicher hervorgehoben; wenn der Gläubiger ſtipulirt: quas operas patrono debes, mihi dare spondes? dann iſt er nur Succeſſor des Patrons und erwirbt nicht mehr Rechte, als dieſer hatte. Wir haben hier eine active Succeſſion, wie in der früheren Stelle eine paſſive vor uns. Die reine Delegation wird dann noch einmal mit der Bezeichnung *ab initio* delegante patrono recapitulirt, wo das ab initio dieſelbe charakteriſtiſche Bedeutung hat wie dort.

In einzelnen Fällen, namentlich wo nicht gerade von den unterſcheidenden Wirkungen der reinen und titulirten Delegation die Rede iſt, wird es allerdings oft ſchwer ſein, feſtzuſtellen, ob das eine oder das andere Geſchäft gemeint iſt. Indeſſen laſſen ſich doch ſchon nach dem Bisherigen einige Fingerzeige für den gewöhnlichen Sprachgebrauch geben. Zunächſt geht ſchon aus der Ausdrucksweiſe der beiden eben mitgetheilten Stellen hervor, daß die Römer die Bezeichnung delegare ſelbſt, wo ſie ohne Zuſatz gebraucht wird, als techniſch für die reine Delegation behandeln: quasi debitrix *delegata est*, ab initio *delegante* patrono promisit. Daſſelbe gilt jedenfalls von der völlig gleichbedeutenden Umſchreibung jubere promittere (oder expromittere). Die meiſten Stellen, in welchen dieſe Bezeichnungen vorkommen, laſſen auch keinen Zweifel darüber, daß dabei an eine abſtracte Stipulation gedacht iſt, wenngleich directe Hindeutungen auf die Faſſung der Stipulationsformel ſelten vorkommen. In l. 18. §. 1. de mortis causa donationibus (39,6) ſpricht Julian von einer Delegation behufs Schenkung von Todeswegen. Dieſe Stelle citirt Gajus in l. 31. §. 3. eod. mit folgender Umſchreibung:

> si jusseris mortis causa debitorem tuum mihi aut creditori meo *expromittere decem.*

Ganz klar iſt die Beſchreibung in c. 5. h. t.:

> Si pater tuus — creditori, pro Alexandro suscepto nomine, *certam pecuniam stipulanti spopondit.*

Wo ein beſtehendes Schuldverhältniß gar nicht vorliegt, iſt eine andere Faſſung überhaupt nicht denkbar. Vermehrtes Intereſſe gewinnen in

dieſem Zuſammenhange auch die Schlußworte der l. 19. h. t., einer der wenigen Stellen, welche die reine Delegation ex professo behandeln:

> Ideo denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus *non facile scire potest, quid inter eum qui delegatus est et debitorem actum est*, aut etiam si sciat dissimulare debet, ne curiosus videatur.

Dieſe Gründe, welche Paulus für die charakteriſtiſche Eigenſchaft des Inſtituts beibringt, klingen allerdings als ſolche äußerſt naiv; ſie ſetzen aber jedenfalls als ſelbſtverſtändlich voraus, daß die Delegationsſtipulation von jeder Bezugnahme auf die in den Hintergrund tretenden materiellen Beziehungen des Geſchäfts frei ſei. — Hiernach iſt das, was ich im Eingang der Unterſuchung (S. 40) über die Bedeutung des Wortes delegare im engeren Sinne geſagt habe, jetzt noch näher zu beſtimmen. Delegation in dieſem Sinne iſt nicht nur die Creditanweiſung im Allgemeinen, ſondern die reine Creditanweiſung. Ich glaube, daß ſich wenigſtens in den Pandekten, alſo bei den claſſiſchen Juriſten, kaum ein Beiſpiel des Gegentheils nachweiſen laſſen wird. Der Gebrauch des Worts im Codex (insbeſondere c. 2. 3. h. t.) gehört ſchon dem Beginn der nachclaſſiſchen Periode an.

Mit Bezug auf die vorhin betrachtete l. 8. §. 2. ad SC. Vellejanum (16,1) iſt dagegen andrerſeits hervorzuheben, daß die auf privative Interceſſionen bezüglichen Ausdrücke intervenire oder intercedere (l. 9. 10. 14. eod.) vorzugsweiſe auf titulirte Stipulationen in relativer Form zu deuten ſind. Noch beſtimmter ergeben dies die im Sprachgebrauche des Codex üblichen Umſchreibungen: alienam obligationem in se transferre (c. 1. 4. eod.), recipere (c. 8. eod.), suscipere (c. 1. 16. 18. eod.). Von einer reinen Delegation iſt in dieſem Zuſammenhange in der Regel nur da die Rede, wo ſich das Geſchäft zwiſchen vier Perſonen bewegt, alſo complicirterer Natur iſt, z. B. l. 5. 8. §. 2—6., l. 24. pr. l. 27. §. 2. eod., l. 19. h. t., c. 2. de condictione indebiti (4,5).

Zweideutig ſind endlich die Ausdrücke expromittere, expromissor, welche bei den Römern gar keine eigentlich techniſche Abgrenzung haben. Sie werden überall gebraucht, wo in irgend einer Beziehung die neue Obligation an die Stelle einer früheren treten ſoll, z. B. auch da, wo dieſe ſchon anderweitig durch Acceptilation getilgt iſt: l. 4. de condictione causa data (12,4), l. 8. §. 8. ad SC. Vellejanum (16,1). Auch kommt expromittere zuweilen für Stipulationen unter denſelben Partheien vor, z. B. l. 20. de SC. Macedoniano (14,6), l. 19. §. 4. de donationibus (39,5), l. 14. de exceptionibus (44,1).

Zweite Abtheilung.

Die Novation.

Erſtes Kapitel.

Die Novation als formeller Tilgungsact des alten jus civile.

§. 23. Stellung der Novation im Syſtem des Gajus. Sprachgebrauch.

Die Novation iſt bekanntlich im Juſtinianiſchen Recht Gegenſtand einer eingreifenden Legislation geworden, um deren Bedeutung ſich, wie wir in der Einleitung geſehen haben, das Hauptintereſſe der Speciallitteratur über die Materie dreht. Man hat daher von jeher die Nothwendigkeit erkannt, das uns überlieferte Quellenmaterial aus dem Geſichtspunkte verſchiedener Perioden zu betrachten und bei der Beurtheilung die hiſtoriſche Methode zu Grunde zu legen. Vielleicht auf keinem Gebiete iſt es aber ſo wenig gelungen, den Zuſtand des älteren Rechts und damit auch den Sinn der Juſtinianiſchen Reform in klares Licht zu ſtellen. Zum großen Theil iſt dieſer mangelhafte Erfolg durch den Weg verſchuldet, den die bisherigen Unterſuchungen eingeſchlagen haben. Wir beſitzen außer der kaiſerlichen Verordnung ſelbſt (c. 8. h. t.) in den Inſtitutionen (§. 3. i. f. inst. quibus modis tollitur obligatio 3,30) einen hiſtoriſchen Excurs über ihre Entſtehungsgeſchichte. An beiden Orten iſt der Darſtellung des neuen Rechts ein kurzer Bericht über den älteren Zuſtand vorausgeſchickt. Dieſe beiden Zeugniſſe aus der Juſtinianiſchen Zeit ſind von jeher für die Erforſchung deſſelben faſt ausſchließlich zu Grunde gelegt, und darüber diejenigen Quellen, welche directen Aufſchluß geben konnten, vernachläſſigt worden. Die Benutzung der Pandektenfragmente in dieſer Richtung iſt allerdings nicht ohne Schwierigkeiten; denn wir dürfen annehmen, daß die Compilatoren aus der älteren Litteratur, den »nocentia volumina« der c. 8. h. t., nur eine beſchränkte Auswahl getroffen, und ſie außerdem theilweiſe durch Interpolationen

dem neueren Rechtszustande angepaßt haben. Aus diesen unzuverlässigen Bruchstücken ein treues Bild des Instituts in seiner älteren Gestalt zu reproduciren, erschien kaum möglich bis auf die Entdeckung des Gajus. Diese ist von um so größerer Bedeutung, als es sich gezeigt hat, daß Gajus für die Justinianischen Institutionen fast wortgetreu die Quelle gewesen ist, und wir daher zugleich den Inhalt der letzteren in seinem ursprünglichen Zusammenhange vor uns haben, der auf Manches darin ein neues Licht werfen kann. Unter diesen Umständen dürfen wir jetzt mit etwas mehr Aussicht auf Erfolg den Versuch erneuern, wenigstens die allgemeinsten Umrisse eines historischen Bildes herzustellen, wenngleich wir uns auch jetzt bescheiden müssen, im Einzelnen Vieles unaufgehellt zu lassen, oder uns auf schwankende Vermuthungen zu beschränken. Zugleich wird es aber gerechtfertigt sein, wenn ich, abweichend von dem Gange meiner Vorgänger, die retrospectiven Bemerkungen Justinians zunächst aus den Augen setze, und dagegen die Darstellung des Gajus zum Ausgangspunkt der Untersuchung nehme, um von dort aus den richtigen Standpunkt für das Verständniß der Pandektenjuristen im historischen Sinne zu gewinnen.

Gajus spricht, wie bereits bemerkt, von der Novation an zwei Stellen seiner Institutionen, einmal bei Gelegenheit der Singularsuccession (II. §§. 38. 39.), einmal ex professo unter den Tilgungsarten der Obligationen (III. §§. 176—179.). Auf jene beiläufige Erwähnung werde ich später zurückzukommen haben. Für jetzt soll uns die letztere Darstellung vorzugsweise beschäftigen.

Zunächst ist ihre Stellung im Zusammenhange des Systems ins Auge zu fassen. Die novatio ist bei Gajus ein modus tollendi obligationem, ein Tilgungsact. Diese Hauptbedeutung hat sie auch im Justinianischen Recht durchaus behalten, wie denn auch ihre Stellung in den Justinianischen Institutionen dieselbe geblieben ist. Zwar ist in der an die Spitze unseres Digestentitels gestellten Definition von Ulpian der liberatorische Charakter nicht mit gleicher Schärfe hervorgehoben.

> l. 1. pr. h. t. Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, *transfusio atque translatio*, hoc est cum ex praecedente causa *ita nova constituitur, ut prior perimatur.*

Vielmehr gewinnt es nach dieser den Anschein, als wenn das obligatorische Element der neuen Verbindlichkeit die Hauptsache, die Aufhebung der früheren nur eine Nebenwirkung sei. Indessen werden wir später sehen, daß mit einer solchen Deutung in den Ausdruck in aliam obligationem transfusio et translatio mehr hineingelegt wird, als der Jurist sagen will.

Jedenfalls geht auch der Sprachgebrauch in den Quellen durchaus conſtant dahin, daß mit novare, novatio nur die tilgende Wirkung des Rechtsgeſchäfts bezeichnet wird. Dies verdient um ſo mehr hervorgehoben zu werden, als die entgegengeſetzte Vorſtellung in Bezug auf einzelne Stellen zu zahlreichen Mißverſtändniſſen geführt hat. Schon Bähr[1]) hat vor ſolchen gewarnt, doch iſt auch ſeine eigene Auffaſſung der Sache nicht unzweideutig. Er ſagt:

> Novatio bezeichnet eigentlich die tilgende **Wirkung** der Stipulation, ſowie solutio die tilgende Wirkung der Eigenthumsübertragung. Zufolge einer bekannten Metonymie wird aber auch die novirende Stipulation ſelbſt »novatio« genannt.

Der letzte Zuſatz kann zugegeben werden, jedoch nur mit der Beſchränkung, wenn die novirende Stipulation eben als Tilgungsact in Betracht kommt; handelt es ſich um die Stipulation als obligatoriſchen Act, ſo heißt ſie niemals novatio.[2]) Daher:

novationis jure *tollitur obligatio.* Gaj. III. §. 176. §. 3. inst. quibus modis tollitur (3,30).

novationis jure *liberantur* l. 34. §. 2. h. t.

jure novationis *pristinus contractus evanuit.* c. 2. h. t.

Der regelmäßige Ausdruck für den Eintritt der tilgenden Wirkung iſt:

novatio *fit.* Gaj. III. §§. 177. 179., §. 3. inst. cit., l. 2. 6. pr. l. 8. §§. 1. 2. 5. h. t.

oder novatio *contingit* l. 5. 14. pr. §. 1. l. 24. h. t.

ebenſo wie liberatio *contingit.* Umgekehrt: heißt es, wenn kein liberatoriſcher Erfolg eintritt,

cessat novatio. l. 28. h. t.

Noch charakteriſtiſcher ſind die Wendungen

nihil ad novationem proficere Gaj. III. §. 178.

frustra *timetur novatio.* l. 3. pr. de duobus reis (45,2).

Wo der novirende Gläubiger ein Anderer iſt, als der, deſſen Forderung durch die Novation untergeht, wird allerdings der Ausdruck novare von beiden gebraucht:

l. 20. pr. §. 1. l. 22. h. t., Paulus rec. sent. V. 8. §. 1.

aber wieder nur im Sinne der Tilgung, weshalb denn auch die Frage erörtert wird, ob gewiſſe Perſonen (Sklave, filiusfamilias, tutor, procurator, argentarius socius, Correalgläubiger, adjectus solutionis causa) das *jus novandi* haben:

1) Anerkennung S. 45.

2) Eine vereinzelte Ausnahme macht l. 57. pr. de administratione tutorum (26,7), wenn hier nicht vielleicht ſtatt ad novationem faciendam cogere zu leſen iſt ad novam cautionem faciendam.

l. 27. pr. de pactis (2,14), l. 22. de administratione tutorum (26,7), l. 10. 16. 20. §. 1. l. 25. 31. §. 1. l. 34. pr. §. 1. h. t., l. 10. 19. i. f. de solutionibus (46,3).

Für die obligatoriſche Seite der Novationsſtipulation haben die römiſchen Juriſten keine einfache Bezeichnung. Sie bedienen ſich der umſchreibenden Wendungen *novandi causa* oder *novandi animo stipulari, promittere.*

l. 60. §. 1. de condictione indebiti (12,6), l. 13. de SC. Macedoniano (14,6), l. 4. de usuris (22,1), l. 35. de jure dotium (23,3), l. 76. §. 2. soluto matrimonio (24,3), l. 14. pr. §. 1. l. 22. 24. 30. 31. pr. l. 32. h. t., l. 91. de solutionibus (46,3), l. 13. §. 10. l. 21. de acceptilatione (46,4), c. 8. de O. et A. (4,10).

Soll die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Stipulation beſonders hervorgehoben werden, ſo heißt es

stipulatio *valet*, *nullius momenti est* stipulatio l. 29. §. 1. de V. O. (45,1).

stipulatio *tenet* l. 28. h. t.

oder *committitur* l. 4. pr. de usuris (22,1).

Der letztere Ausdruck iſt techniſch für den Fall, daß die Gültigkeit von dem Eintritt einer Bedingung abhängt:

l. 14. §. 1. l. 15. 24. h. t.

Einigermaßen zweideutig iſt die Wendung *in stipulatum deducere.* Dieſelbe bezieht ſich urſprünglich offenbar auch auf die obligatoriſche Seite der Novationsſtipulation, ebenſo wie *in cautionem deducere:*

l. 95. §. 2. ad legem Falcidiam (35,2), c. 2. de communi. rerum alienatione (4,52), c. 15. de fidejussoribus (8,41), denn ſie wird auch ſonſt von jeder andern Stipulation ohne Beziehung auf ein früheres Schuldverhältniß gebraucht. Doch wird der Ausdruck vorzugsweiſe mit Rückſicht auf die gleichzeitig eintretende Tilgung angewendet, z. B.

Gaj. III. §. 170., l. 75. §. 6. de V. O. (45,1), l. 8. §. 1., l. 14. pr. l. 32. h. t.

und nimmt daher ſchließlich ganz den Sinn von novare an, z. B.

l. 29. h. t. — Perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos *in stipulationem deducatur*, vel post pubertatem tutelae actio *novetur.*

Ganz parallel damit geht der Ausdruck *in judicium deducere*[3]), welcher ebenfalls von der tilgenden Wirkung der Litisconteſtation gebraucht wird:

Gaj. IV. §§. 57. 131., l. 22. de admin. tutorum (26,7), l. 90. de V. O. (45,1), c. l. de judiciis (3,1).

3) Vergl. Keller Litisconteſtation S. 107, 108.

wiewohl dabei eigentlich die Vorstellung zu Grunde liegt, daß die alte Obligation vermittelst des in dem judicium liegenden Quasicontracts zu einer neuen verwendet wird; so daß die exceptio rei *in judicium deductae* gerade nur in den Fällen gegeben wird, wo eine directe processualische Consumtion nicht stattfindet.

Wenn ich die Novation hiernach zunächst als einen Tilgungsact, einen modus tollendi obligationem charakterisire, so ist damit selbstverständlich ein Tilgungsact im Sinne des alten jus civile gemeint, durch welchen die Obligation ipso jure zerstört wird. Eine sogenannte prätorische, per exceptionem wirkende Novation, von welcher z. B. Kunze[4]) spricht, ist eine gänzlich unrömische Vorstellung.

§. 24. Die Schuldtilgungsarten des alten Rechts als Correlate der Obligationsformen. Allgemeine Anwendbarkeit der Novation.

Nach diesem ersten fundamentalen Resultat kehre ich noch einmal zu der systematischen Stellung der Novation bei Gajus zurück. Er zählt in der Lehre von der Aufhebung der Obligationen fünf verschiedene modi quibus tollitur obligatio auf, nämlich:

1. reelle Zahlung, solutio ejus quod debetur III. §. 168.
2. acceptilatio §§. 169—172.
3. solutio per aes et libram §§. 173—175.
4. novatio §§. 176—179.
5. litiscontestatio §§. 180. 181.

In dem entsprechenden Titel der Justinianischen Institutionen (3,30) sind die solutio per aes et libram und die litiscontestatio weggefallen. Die Novation hat die dritte Stelle eingenommen (§. 3.). Im §. 4. aber ist der sogenannte mutuus dissensus neu aufgenommen worden. Beide Verzeichnisse sind sehr unvollständig im Vergleiche mit denjenigen unserer Compendien; wir sind gewohnt, an dieser Stelle auch diejenigen Rechtsgeschäfte abzuhandeln, welche nicht ipso jure, sondern nur ope exceptionis einer bestehenden Obligation gegenübertreten. Diese dürfen wir hier nicht erwarten, denn es sind keine modi tollendae obligationis im römischen Sinne. Warum auch andere, doch entschieden dem Civilrecht angehörige Erlöschungsgründe, z. B. compensatio, confusio fehlen, soll hier nicht erörtert werden. Dagegen habe ich zu dem, was uns vorliegt, einige Bemerkungen zu machen.

4) Obligation und Singularsuccession S. 202. Vergl. auch Girtanner Stipulation S. 234. Kunze's Hauptbeweisstelle, l. 60. de fidejussoribus (46,1), wird später (§. 34.) genauer erörtert werden.

Unter den Aufhebungsarten des Gajus haben die zweite und dritte, acceptilatio und solutio per aes et libram, etwas Gemeinsames, was sie von den übrigen unterscheidet. Sie sind nur für eine bestimmte Classe von Obligationen bestimmt.

> Quo genere (per acceptilationem) — *tantum eae solvuntur obligationes, quae ex verbis consistunt, non etiam ceterae.* §. 170. l. c.
>
> quod et ipsum genus (solutio per aes et libram) *certis in causis receptum est.* §. 173. ibid.

Beide standen ursprünglich unter der Herrschaft der Regel:

> Omnia quae jure contrahuntur, contrario jure pereunt. l. 100. de regulis juris.
>
> Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. l. 35. eod.

Jeder der alten förmlichen Obligationshandlungen entsprach eine ebenso förmliche Solutionshandlung, also der obligatio per aes et libram die gleichförmige solutio per aes et libram, der expensilatio die acceptilatio litteris, der sponsio und der ihr nachgebildeten freieren promissio die acceptilatio verbis. Alles dies waren nothwendige, einander ausschließende Correlate, die nexi obligatio konnte nur per aes et libram, die Litteralobligation nur per litteras,[1]) die Verbalobligation nur per verba aufgehoben werden. Wir dürfen annehmen, daß dies ursprünglich auch im Fall wirklicher Zahlung galt; die alten Solutionsformen waren eben feierliche Zahlungen, und wurden ihrer Bestimmung nach durch die begleitenden symbolischen oder sonst förmlichen Handlungen charakterisirt. »Hatte der Schuldner auf unförmliche Weise gezahlt, so konnte er belangt werden, und wurde condemnirt.«[2]) In diesem Punkte wurde aber das alte Princip bald zu Gunsten einer materielleren Rechtsauffassung durchbrochen. Die reelle Zahlung — solutio ejus quod debetur — wurde zu einer von der Form unabhängigen, an sich selbst vollkommen wirksamen Schuldtilgung, und steht als solche bei Gajus wie in den Justinianischen Institutionen an der Spitze der modi quibus tollitur obligatio. Die von Gajus (III. §. 168.) erwähnte Controverse, ob, qui aliut pro alio solverit, ipso jure oder per exceptionem befreit werde, läßt noch erkennen, in welcher Stufenfolge sich der neuere Grundsatz Bahn gebrochen hat. Die förmlichen Schuldtilgungsarten wurden nun, soweit sie neben der reellen Zahlung hergingen, auf den Werth einer feierlichen Quittung reducirt; eine selbstständige Wirkung behielten sie nur da, wo die Absicht auf Tilgung ohne reelle Zahlung, also

1) In welchem Sinne ich die litterae hier als Tilgungsact mit aufführe, darüber verweise ich auf meine frühere Bemerkung über den Gegenstand (S. 89).

2) Puchta Institutionen III. §. 279.

auf einen liberatorischen Vertrag gerichtet war. In diesem Falle nahmen sie die Gestalt einer *imaginaria solutio* an; es verdient hervorgehoben zu werden, daß Gajus diesen Namen der Acceptilation und der solutio per aes et libram ausschließlich beilegt. Gaj. III. §§. 169. 170. 173.

Zwischen der reellen und der imaginären Zahlung blieb aber nun der wesentliche Unterschied bestehen, von welchem wir ausgingen, daß jene auf alle Arten der Obligationen gleich anwendbar, diese aber an die alten Specialformen in ihrer Ausschließlichkeit gebunden war. Eine allgemein brauchbare Form, in welcher der liberatorische Vertragswille zur Geltung kommen konnte, gab es im alten Civilrecht nicht. Das Gebiet der einzelnen imaginären Solutionsformen wurde allerdings zum Theil über den strengen Parallelismus mit den Obligationsformen hinaus erweitert. Die solutio per aes et libram wurde anwendbar auf die Obligationen aus einem Judicat und einem Damnationslegat (Gaj. III. §§. 173. 174.), offenbar in Folge einer weit zurückliegenden historischen Verwandtschaft dieser Institute mit dem alten nexum. Auch die Acceptilation blieb nicht absolut auf die Verbalobligation beschränkt, denn auch die operarum obligatio per jusjurandum liberti war acceptilationsfähig (l. 13. pr. de acceptilatione 46,4).

Dennoch blieb der Grundsatz der Gleichförmigkeit zwischen Obligations- und Solutionsact im Allgemeinen so lebendig, daß er noch in einer abstracten Principien schon viel zugänglicheren Periode der Rechtsbildung eine verspätete Frucht getrieben hat. Als nämlich der Kreis der obligatorischen Verträge durch Anerkennung der Consensualcontracte erweitert war, versäumte die Doctrin nicht, denselben unter Anwendung der alten Regel wiederum den einfachen Consens als Auflösungsmittel gegenüberzustellen.

l. 35. de regulis juris, l. 80. de solutionibus (46,3).

Daraus entstand dann der contrarius consensus als ein neuer modus tollendi obligationem, ein sonderbarer zweiseitiger Liberationsvertrag, ipso jure wirksam, also dem jus civile angehörig, aber mehr ein Erzeugniß wissenschaftlicher Speculation, als von praktischer Bedeutung, und wieder nur eine Specialform der Tilgung, welche sich allerdings durch gänzliche Unfeierlichkeit von denen des alten Rechts unterschied, ihnen aber in Bezug auf das beschränkte Gebiet ihrer Anwendbarkeit völlig gleich stand. Bei Gajus hatte sie noch keine Aufnahme in das System gefunden, und ist in den Justinianischen Institutionen offenbar aus einer neueren Quelle eingeschaltet.

Sehr merkwürdig ist gegenüber diesem System von sorgfältig gegen einander abgegrenzten Schuldtilgungsarten die Behandlung der ältesten Delictsobligationen, die sich natürlich der Regel: omnia quae jure *contrahuntur* contrario jure pereunt, nicht fügen konnten. Für diese

wurde nämlich gewiſſermaßen als eine exceptionelle Specialform der formloſe Erlaßvertrag als ein civilrechtlicher Tilgungsmodus anerkannt. Nur in dieſem Zuſammenhange wird es verſtändlich, daß die actio furti und injuriarum durch ein bloßes pactum ipso jure zerſtört wurden, was als eine wunderliche Ausnahme zu einer Zeit beſtehen geblieben iſt, wo die prätoriſche exceptio pacti dem formloſen Erlaßvertrage längſt allgemeine Geltung verſchafft hatte.

l. 17. §. 1. l. 27. §. 2. de pactis (2,14).

Ich habe vorhin geſagt, daß es im alten Civilrecht an einer allgemein brauchbaren Form des liberatoriſchen Vertrages gefehlt habe. Dies iſt aber nur mit einer Beſchränkung richtig. Das Ziel konnte nicht direct, wohl aber auf einem Umwege erreicht werden, der uns zu dem Hauptgegenſtande unſerer Betrachtung zurückführt. Gajus erwähnt dieſen Umweg bei Gelegenheit der Acceptilation (§. 170. l. c.):

> set et id quod ex alia causa debeatur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem imaginaria solutione dissolvi.

Die zu tilgende Obligation beliebigen Urſprungs wurde alſo zuerſt durch Novation in eine Verbalobligation verwandelt, und dadurch der Acceptilation zugänglich gemacht. Die bisherigen Betrachtungen machen es erklärlich, daß dieſe Combination von Novation und Acceptilation eine den Römern ſehr geläufige Geſchäftsform wurde. Wir begegnen ihr z. B. in l. 91. de solutionibus (46,3), l. 13. §. 10. l. 21. de acceptilatione (46,4) und vor Allem in der für die Novationslehre in mehrfacher Beziehung intereſſanten stipulatio Aquiliana, die ſich jahrhundertelang im praktiſchen Gebrauche erhalten hat.

Dieſe complicirte Operation beruht auf der auch ſonſt in den Quellen hervorgehobenen Eigenſchaft der Novation, daß ſie auf jede Art von Obligationen anwendbar iſt.

> l. 1. §. 1. h. t. Illud non interest, qualis praecessit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu. Qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest. —
>
> l. 2. h. t. Omnes res transire in novationem possunt. Quodcunque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest et transire in verborum obligationem ex quacunque obligatione. —

Dies erſcheint uns jetzt ſo ſehr als das Natürliche, daß wir es kaum einer beſonderen Aufmerkſamkeit werth finden. Im alten Rechtsſyſtem war es eine entſchiedene Anomalie. Die Novation tritt durch dieſe Eigenſchaft in einen Gegenſatz zu den übrigen Aufhebungsarten der Obligationen. Die Ausdrücke Ulpian's in den beiden eben angeführten

Digeſtenſtellen, *qualiscunque obligatio, omnes res, ex quacunque obligatione*, ſind ſo allgemein, daß wir nicht zweifeln dürfen, ſie auch auf Delicts- und andere Obligationen zu beziehen, wenngleich ſeine Beiſpiele nur aus den Contractsobligationen gewählt ſind. Auch von der Anwendung der Novation auf nomina transcripticia findet ſich keine ſpecielle Erwähnung in den Quellen, was um ſo weniger überraſchen darf, als etwanige Spuren davon wahrſcheinlich von den Compilatoren ausgemerzt ſein würden. Dagegen haben wir zahlreiche Zeugniſſe für die Novationsfähigkeit von Legaten,

l. 75. §. 6. de V. O. (45,1), l. 8. §. 1. h. t. und aus älterer Zeit Cic. de leg. c. 21. in f.

und Judikatſchulden,

l. 4. §. 4. de re judicata (42,1), c. 2. de executione rei judicatae (7,53).

alſo ſolchen Obligationen, die dem Gebiete der alten solutio per aes et libram angehören.

§. 25. Verhältniß der Novation zur Litisconteſtation.

Woher ſtammt nun dieſer von den Schranken des alten Rechtsſyſtems befreite Tilgungsmodus, die novatio? Gehört er ſchon einer jüngeren Epoche der Rechtsbildung an? Oder welches ſind die Wurzeln, mit denen er in die ältere Zeit zurückreicht? Welches ſind die Verwandtſchaften, die über ſeinen Urſprung Licht geben? Es wäre verwegen, auf das dürftige Material, welches uns über die ältere Geſtalt des Inſtituts überliefert iſt, beſtimmte rechtshiſtoriſche Hypotheſen zu bauen. Doch haben wir durch Gajus in einer Richtung weſentlich neue Kenntniß gewonnen, welcher gerade aus dem hiſtoriſchen Geſichtspunkt noch nicht genügende Aufmerkſamkeit gefunden hat. Ich meine das Verhältniß der Novation zur Litisconteſtation, dem letzten in ſeinem Verzeichniſſe der modi tollendi obligationem, der mit der Novation die Eigenthümlichkeit theilt, für alle Arten von Obligationen gleich wirkſam zu ſein; nur daß die Tilgung hier nicht von der freien Willkür der Partheien abhängt, ſondern auf einer dem öffentlichen Rechte angehörenden Nothwendigkeit beruht.

Daß zwiſchen Novation und Litisconteſtation ein naher Zuſammenhang beſteht, hat die Wiſſenſchaft längſt vor der Entdeckung des Gajus gefühlt. Bekanntlich ging die alte Lehre, und geht noch jetzt die herrſchende Lehre dahin, daß die Litisconteſtation dem Begriff der Novation geradezu als eine Species, nämlich als novatio necessaria im Gegenſatz der voluntaria, untergeordnet ſei. Und zwar wird novatio

necessaria in einer doppelten Geſtalt angenommen, einmal durch Litiscontestation, das zweitemal durch Urtheil.

Die Baſis, welche dieſe Lehre in den Quellen findet, iſt ſehr ſchwach. Was zunächſt die angebliche Novation durch Urtheil betrifft, ſo iſt das einzige directe Zeugniß dafür die c. 3. pr. de usuris rei judicatae (7,54), eine Juſtinianiſche Verordnung über die Judikatszinſen, welche der Kaiſer durch eine unpaſſende Reminiſcenz aus der alten Novationslehre motivirt hat:

> Si enim *novatur judicati actione prior contractus*, necesse est, usurarum quidem, quae anterioris contractus sunt, cursum post sententiam inhiberi, alias autem usuras ex judicati actione tantummodo sortis procedere.

Die Annahme einer zweimaligen Novation durch Litiscontestation und Urtheil widerſpricht der Natur der Novation als eines Tilgungsacts. Eine Obligation kann nur einmal getilgt, eine bereits zerſtörte nicht noch einmal novirt werden. Gegenſtand der zweiten Tilgung könnte nur allenfalls die auf der Litiscontestation als einem Quaſicontract beruhende Obligation auf ein condemnari oportere ſein. In dieſem Sinne hat man die Vorſtellung von einer novirenden Kraft des Urtheils auch nach claſſiſchem Recht durch die Aeußerung des Gajus (III. §. 180.) zu retten verſucht:

> si condemnatus sit, *sublata litiscontestatione* incipit ex causa judicati teneri: et hoc est, quod aput veteres scriptum est, *ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere.*

Hier iſt aber sublata litiscontestatione offenbar ganz uneigentlich geſagt; denn die Obligation auf condemnari wird durch die wirkliche Condemnation erfüllt, nicht aufgehoben, das condemnari oportere ſchließt das künftige judicatum facere oportere als eine nur durch den Eintritt des Urtheils bedingte Verpflichtung ſchon in ſich.[1])

Von größerem Intereſſe für uns iſt die Annahme einer wirklichen Novation durch Litiscontestation. Auch dieſe beruht im Weſentlichen nur auf einer Quellenſtelle, welcher die ganze Lehre von der novatio necessaria ihre Entſtehung verdankt, nämlich l. 29. h. t.

> Aliam causam esse *novationis voluntariae*, aliam *judicii accepti*, multa exempla ostendunt.

Man iſt neuerdings wohl darüber einverſtanden, daß dieſe Stelle nicht nothwendig dazu Veranlaſſung giebt, das judicium acceptum, weil es der novatio voluntaria gegenübergeſtellt wird, für eine novatio

1) Vergl. Savigny Syſtem Bd. VI. S. 24. Note c. S. 26. Note f.

necessaria zu nehmen; der Beisatz voluntaria zu novatio kann ebensogut erklärend wie unterscheidend aufgefaßt werden.[2]) Die Darstellung des Gajus, welcher novatio und litiscontestatio als zwei von einander durchaus gesonderte Tilgungsarten vorträgt, ist vollkommen entscheidend zu Ungunsten der älteren Lehre. Wahrscheinlich würde man auf Grund dessen schon allgemein dazu gelangt sein, die Vorstellung der novatio necessaria als unrömisch aufzugeben, wenn man nicht inzwischen in dem §. 263. der Vatikanischen Fragmente eine neue Beweisstelle für dieselbe gefunden zu haben glaubte, und zwar die einzige, in welcher der Litiscontestation geradezu der Name novatio beigelegt sein soll. Die richtige Erklärung dieser Stelle ist schon oben (S. 37) gegeben worden; ebenso kann das Argument, welches die herrschende Lehre aus l. 11. §. 1. h. t.

> Fit autem *delegatio* vel per stipulationem, vel per *litis-contestationem*

für eine Novation per litiscontestationem zu entnehmen gewohnt ist, durch unsere bisherigen Untersuchungen für erledigt gelten.

Dagegen halte ich es für nothwendig, schon an dieser Stelle diejenige Auffassung des Verhältnisses zwischen Novation und Litiscontestation, welche ich für die richtigere halte, wenigstens anzudeuten. Im ganzen Verlaufe der ferneren Untersuchung wird sich vielfache Gelegenheit finden, auf den Parallelismus zwischen beiden zurückzukommen. Erst wenn die Voraussetzungen und Bedingungen der Novation in ihrer älteren Gestalt vollständig erörtert sein werden, können die gegenwärtigen Bemerkungen ihre nothwendige Ergänzung und Erläuterung finden.

Die Litiscontestation als einen modus tollendi obligationem haben wir erst durch Gajus kennen gelernt; wenngleich wir jetzt im Stande sind, auch in den Digesten mancherlei Spuren des Instituts nachzuweisen, so bleibt doch in der Hauptsache Gajus unsere alleinige Quelle dafür. Die Hauptstellen, in denen er davon spricht, sind folgende:

> III. §. 180. Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum: nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione. —
>
> §. 181. Unde fit, ut si legitimo judicio debitum petiero, postea de eo ipso jure agere non possim, quia inutiliter intendo dari mihi oportere, quia litis contestatione dari oportere desiit; aliter atque si imperio continenti judicio egerim; tunc enim nihilominus obligatio durat, et

2) *Ribbentrop* de necessaria quam vocant novatione commentatio p. 17. Keller Litiscontestation und Urtheil S. 95. Savigny System Bd. VI. S. 24, Note c.

ideo ipso jure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei judicatae vel in judicium deductae summoveri. —

IV. §. 106. Et siquidem imperio continenti judicio actum fuerit, sive in rem sive in personam, sive ea formula quae in factum concepta est, sive ea quae in jus habet intentionem, postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest; et ideo necessaria est exceptio rei judicatae vel in judicium deductae.

§. 107. At vero si legitimo judicio in personam actum sit ea formula quae juris civilis habet intentionem, postea ipso jure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso jure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei judicatae vel in judicium deductae.

Die tilgende Wirkung der Litisconteſtation iſt nach dieſer Darſtellung durch drei verſchiedene Vorausſetzungen bedingt: 1) legitimum judicium, 2) actio in personam, 3) formula in jus concepta. Fehlt es an einer von dieſen drei Vorausſetzungen, ſo tritt keine directe Tilgung ein, ſondern es wird ein ähnlicher Erfolg indirect durch eine exceptio rei judicatae oder in judicium deductae erreicht. Jene directe Conſumtion iſt das ältere, die indirecte das neuere Inſtitut; das würden wir ſchon der Natur der Sache nach vorausſetzen müſſen, auch wenn es Gajus nicht ausdrücklich bezeugte:

IV. §. 108. Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum.

Dieſe Stelle erweckt aber zugleich den Schein, als ob die Litisconteſtation als modus tollendi obligationem, wie ſie Gajus als geltendes Recht ſeiner Zeit ſchildert, nur der Reſt eines viel verbreiteteren Inſtituts einer noch früheren Periode ſei, einer proceſſualiſchen Conſumtion in dem Sinne, daß jede actio, von welcher Beſchaffenheit ſie auch ſei, durch die Litisconteſtation ipso jure zerſtört wurde. So hat namentlich Keller und nach ihm, wie es ſcheint, alle neueren Bearbeiter die Sache aufgefaßt. Keller ſagt geradezu:[3])

Urſprünglich, und zwar in der alten Zeit der Legis Actiones, galt dieſes — nämlich das Princip der Conſumtion — ganz direct und in allen Fällen gleichmäßig, ſo daß jede Actio durch einmalige Anſtellung ipso jure zu exiſtiren aufhörte. Später zur Zeit der

3) Litisconteſtation S. 82.

Formulä, und namentlich der classischen Juristen, war diese directe Wirkung nicht mehr allgemein, sondern sie fand bloß in dem Falle eines legitimum judicium Statt, und auch hier nur, wenn dasselbe eine actio in personam, die in jus concepta war, betraf.

Die Stelle des Gajus läßt aber offenbar auch ein anderes Verständniß zu; es kann gemeint sein, daß im Legisactionenproceß die directe Consumtion nicht sowohl die allgemein gültige, als die ausschließlich mögliche Form der Tilgung gewesen, weil es nämlich eine indirecte Consumtion per exceptionem damals noch nicht gab. Für diese Interpretation sprechen überwiegende Gründe. Zur Entstehung und Ausbildung einer exceptio rei in judicium deductae konnte nur da eine Veranlassung sein, wo eine directe Consumtion nicht bestand. Es ist nicht denkbar, daß diese von einem Gebiete, wo sie bereits Geltung gewonnen hatte, wieder verdrängt worden sein sollte. Unter den Bedingungen der directen Consumtion, die wir vorhin kennen gelernt haben, finden sich nun zwei, legitimum judicium und formula in jus concepta, die entschieden auf einen historischen Gegensatz hindeuten. Judicia imperio continentia, und formulae in factum conceptae sind neuere Rechtsbildungen, von welchen wir als natürlich annehmen können, daß sie dem ursprünglichen Princip nicht mehr zugänglich gewesen sind. Anders verhält es sich aber mit der dritten Voraussetzung: actio in personam. Diese müssen wir nothwendig als eine der directen Consumtion von Hause aus eigenthümliche sachliche Beschränkung auffassen. Die actiones in rem können auch in ihrer ältesten Gestalt (Gaj. IV. §§. 16. 17.) von der directen Consumtion nicht betroffen worden sein. Dafür spricht nicht nur der Rückschluß aus der späteren Entwickelung, sondern auch die Natur der Sache. Das Eigenthum selbst konnte mit der Vindication nicht verloren gehen; ein persönliches Eigenthumsklagerecht, ein jus vindicandi inter partes, kennen die Römer nicht. Die obligatorischen Elemente, welche in der Vindication enthalten sind, haben erst in der Litiscontestation ihren Ursprung und konnten durch dieselbe nicht gleichzeitig wieder aufgehoben werden.[4])

Die directe, ipso jure wirksame, processualische Consumtion war also ein dem Obligationenrecht ausschließlich angehöriges Institut. Nur für dieses eigenthümliche Institut des classischen Rechts, für die Litiscontestation als modus tollendi *obligationem*, wie wir sie durch Gajus kennen gelernt haben, sollte überhaupt der Ausdruck processualische Consumtion gebraucht werden. Weder Keller, der denselben meines Wissens zuerst in die Sprache der Wissenschaft eingeführt

4) Auch Keller hat die Schwierigkeit gefühlt, seine Vorstellung von der allgemeinen directen Consumtion im ältesten Proceß mit der Natur der rei vindicatio in Einklang zu bringen. Litiscontestation S. 119, Note 9.

hat, noch ſeine Nachfolger und Gegner, haben den Begriff in dieſer Reinheit feſtgehalten. Gleichwohl kann er nur in der angegebenen Beſchränkung auf Uebereinſtimmung mit dem Sprachgebrauche der Quellen Anſpruch machen. Consumere und das gleichbedeutende perimere wird von den römiſchen Juriſten nie anders angewendet, als zur Bezeichnung des Untergangs obligatoriſcher Rechte durch Litiscontestation. Die proceſſualiſche Conſumtion in ihrer richtigen Begränzung nimmt alſo nach unſerer heutigen Kenntniß der Quellen genau dieſelbe Stelle ein, welche man vor der Entdeckung des Gajus der novatio necessaria einräumte. Proceſſualiſche Conſumtion und novatio necessaria als zwei ſachlich unterſcheidbare, neben einander ſtehende Dinge zu denken (wie z. B. Keller in der Vorrede zu Litiscontestation und Urtheil thut), iſt angeſichts der Darſtellung des Gajus durchaus unzuläſſig.

Ueber die Natur und Wirkſamkeit dieſes eigenthümlichen Tilgungsacts des claſſiſchen römiſchen Rechts, der im Juſtinianiſchen Recht bereits vollſtändig wieder verſchwunden iſt, kann ich in der Hauptſache auf Keller's vortreffliche Unterſuchung verweiſen. Der Umfang der proceſſualiſchen Conſumtion beſtimmt ſich durch den formellen Ausdruck, welcher der Klage gegeben wird. Das Organ dieſes formellen Ausdrucks iſt die Klagformel, und zwar wiederum ein beſtimmter, äußerlich erkennbarer Beſtandtheil derſelben, nämlich die intentio. Die zerſtörende Wirkung der intentio iſt ſo wenig abhängig von der materiellen Abſicht der Partheien, daß es im Gegentheil mancherlei künſtlicher Schutzmittel bedarf, um ihr da vorzubeugen, wo ſie dem Willen des Klägers widerſprechen würde. Dies Alles ergiebt ſich unzweideutig aus der Darſtellung des Gajus IV. §§. 53—59. 68. 130. seqq.; auch in den Digeſten finden ſich noch Spuren davon, z. B. in l. 32. pr. i. f. de peculio (15,1). Die proceſſualiſche Conſumtion war alſo ein tilgender Formalact, der in einer beſtimmten Proceßhandlung, der Litiscontestation, vollzogen wurde, und im Formularproceß vorzüglich in der intentio der für die Klage gegebenen formula ſeine äußerliche Norm hatte.

Es wird das Hauptziel der nachfolgenden Unterſuchung ſein, eine gleich formelle Natur auch für die Novation in ihrer älteren Geſtalt nachzuweiſen. Das Organ dieſer letzteren war die Stipulationsformel in einer beſonderen, mit zerſtörender Kraft ausgeſtatteten Faſſung. Die Uebereinſtimmung beider Inſtitute läßt ſich ſoweit nachweiſen, daß eben dieſe Faſſung der novirenden Stipulation mit der intentio der entſprechenden Klagformel identiſch war. Wer ſtipulirte: quidquid ex vendito dare facere oportet, dari spondes; — der zerſtörte die Obligation aus dem Kaufcontracte nach demſelben Geſetze und mit derſelben Wirkung, als wer die Klage mit der intentio: quidquid ex

vendito dare facere oportet anſtellte. Die alte Obligation wurde hier in ein condemnari oportere, dort in ein neues dare oportere verwandelt, in beiden Fällen mit demſelben Erfolg, ut prior obligatio perimatur. Wenn eins von beiden Inſtituten als das primitive, das andere als das abgeleitete aufgefaßt werden ſoll, ſo muß man die gewöhnliche Vorſtellung vielmehr umkehren: Die Novation war eine außerproceſſualiſche Conſumtion. Nur in dieſem Sinne iſt die Gegenüberſtellung von novatio voluntaria und judicium acceptum in der oben citirten l. 29. h. t. zu verſtehen. In demſelben Sinne iſt denn auch die mehrfach wiederkehrende Parallele zwiſchen novare und in judicium deducere zu erläutern, z. B. l. 2. §. 8. i. f. de hereditate vel actione vendita (18,4), l. 22. de administratione tutorum (26,7).

Wenn ich die Novation für ein von der proceſſualiſchen Conſumtion abgeleitetes Inſtitut erklärte, ſo geht natürlich meine Meinung nicht ſo weit, daß ich die Novationsformeln als eine directe Nachbildung der intentio formulae betrachten und demnach die Entſtehung der Novation erſt zur Zeit des Formularproceſſes behaupten wollte. Viel wahrſcheinlicher haben beide eine gemeinſchaftliche ältere Wurzel in einer beſtimmten Partheihandlung des Legisactionenproceſſes, von der wir uns nach dem Stande unſerer Quellen kein klares Bild machen können. Wäre die namentlich von Mayer[5]) mit Scharfſinn vertheidigte Vermuthung begründet, daß mit der Litisconteſtation urſprünglich wirkliche Partheiſtipulationen vor dem Magiſtrat verbunden waren, ſo dürften wir vielleicht weiter ſchließen, daß die Novationsſtipulationen mit dieſen identiſch waren und mit gleicher Wirkung in das freie Verkehrsleben unmittelbar übertragen wurden. Welche praktiſche Bedürfniſſe durch eine ſolche Uebertragung zu befriedigen waren, haben wir zum Theil bereits geſehen — es handelte ſich darum, eine allgemein brauchbare Form für liberatoriſche Verträge zu gewinnen. Die vielleicht noch wichtigere Verwendung zur Herſtellung von Succeſſionen in obligatoriſche Verhältniſſe werden wir ſpäter näher kennen lernen.

In einem ähnlichen Verhältniß zu der proceſſualiſchen Conſumtion, wie die Novation, ſteht der außergerichtliche Schiedseid. Auch hier handelt es ſich um eine außerproceſſualiſche Verwendung des dare oportere mit gleicher zerſtörender Wirkung. Nur wird durch den Eid zugleich eine neue poſitive Baſis für die Obligation gewonnen, durch welche er in gleiche Linie mit der res judicata tritt. Daher:

> l. 26. §. 2. de jurejurando (12,2), Jurisjurandi conditio ex numero esse potest videri novandi delegandive, quia proficiscitur ex conventione, quamvis habeat et instar judicii.

5) Die Litisconteſtation geſchichtlich dargeſtellt. Stuttgart 1830. S. 25 folg.

In ihrer älteſten Geſtalt hatten alle dieſe drei Inſtitute eine gemeinſchaftliche formula in jus concepta. Die Umgeſtaltung der Faſſung durch conceptio in factum iſt der erſte Schritt, der ſie ganz verſchiedenen Bahnen ſpäterer Entwickelung zugeführt hat.

§. 26. Bedingungen der Novation. Stipulation. Stipulatio utilis in formellem Sinne.

Ich knüpfe die weitere Erörterung zunächſt wieder an die Darſtellung des Gajus an. Wenn man einen Blick auf die Art und Weiſe wirft, wie er das Obligationenrecht überhaupt behandelt, wird man ſogleich die Erwartung aufgeben, irgend eine in dieſes Gebiet gehörige Materie erſchöpfend erörtert zu finden. Ueberall giebt er faſt nichts als erläuternde Beiſpiele mit einzelnen eingehenden Bemerkungen, insbeſondere über die gangbaren Schulcontroverſen ſeiner Zeit. Nach dieſem allgemeinen Maßſtabe müſſen wir auch den Abſchnitt über die Novation beurtheilen. Wir dürfen alſo nicht verwundert ſein, weder eine Definition derſelben, noch auch eine nur einigermaßen vollſtändige Aufzählung ihrer Bedingungen und Wirkungen zu erhalten. Gajus beginnt im §. 176. mit einem Beiſpiel:

veluti si quod tu mihi debeas a Titio dari stipulatus sim.

im §. 177. giebt er ein zweites:

Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuler —

Wir haben alſo hier zwei verſchiedene Fälle einer Novation: Eintritt eines neuen Schuldners, und Novation inter easdem personas. Ein dritter Fall: Eintritt eines neuen Gläubigers, iſt an einer anderen Stelle berührt (II. §. 38.):

opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. quae dicitur novatio obligationis.

Dem Plane unſerer Darſtellung gemäß (S. 26) wird die Unterſuchung in der gegenwärtigen Abtheilung hauptſächlich auf die Novation unter denſelben Partheien gerichtet ſein. Jedoch ſind die beiden Novationsfälle mit Perſonenwechſel in der Darſtellung des Gajus offenbar gleich berechtigte Glieder eines und deſſelben Inſtituts. So lange wir uns mit der Ermittelung der allgemeinen Grundſätze beſchäftigen, werden dieſelben alſo in die Betrachtung überall einzuſchließen ſein.

Als das erſte Reſultat einer Vergleichung der angeführten Stellen ergiebt ſich, daß die Novation durch eine stipulatio bewerkſtelligt wurde. Dies erfahren wir auch aus den beiden Digeſtenſtellen von Ulpian, die am meiſten auf allgemeine Grundſätze zurückgehen:

l. 1. §. 1. h. t. — Qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari *verbis* potest. —

l. 2. h. t. — Quodcunque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, novari potest et transire *in verborum obligationem.* —

Im Einklange damit steht die schon oben berührte Bemerkung von Gajus III. §. 170. — et id quod ex alia causa debeatur potest *in stipulationem* deduci et per acceptilationem imaginaria solutione dissolvi.

Es würde kaum nöthig sein, diese allgemeinste Eigenschaft der Novation, welche in allen uns überlieferten Beispielen derselben ihre Bestätigung findet, besonders hervorzuheben, wenn nicht eine unter den neueren Schriftstellern sehr verbreitete Meinung dahin ginge, daß auch durch den alten Litteralcontract eine Novation habe zu Stande kommen können. Man beruft sich dafür auf Gaj. III. §. 130., wo die transcriptio nominis a persona in personam eine delegatio genannt ist. Dies Argument verliert seine Bedeutung, sobald anerkannt werden muß, daß nicht jede Delegation eine Novation enthält. Noch weniger Gewicht hat das Zeugniß des Theophilus in der oben (S. 86) mitgetheilten Stelle; abgesehen von der geringen Glaubwürdigkeit seiner ganzen Darstellung ist auch eine wirkliche Novation durch Litteralcontract hier nicht einmal behauptet. Da dieser bei den Römern nirgends als ein tilgender, sondern überall nur als ein obligirender Act dargestellt wird, so darf ich die Vorstellung von einer Novation per litteras für jetzt als eine völlig unbeglaubigte Hypothese bezeichnen, mit dem Vorbehalt, sie im ferneren Verlaufe der Untersuchung zugleich als eine durchaus unglaubliche nachzuweisen. Sie beruht auf der Voraussetzung, die Novation sei Verwandlung einer beliebigen Obligation in eine Formalobligation irgend einer Art; dies ist eine petitio principii, welche nur dazu geeignet ist, die Vorstellung, welche wir uns von der Novation zu machen haben, von Hause aus irre zu leiten.

Mit dem eben berührten Mißverständnisse hängt ein anderes noch gefährlicheres zusammen, welches sich auf die Wirksamkeit der Stipulation bei dem Novationsacte bezieht. Die Stipulation ist an und für sich eine obligirende Handlung. Wie kommt sie zu der Function eines modus tollendi? Es ist, wie ich schon in der Einleitung erinnert habe, das Verdienst von Liebe, die Aufmerksamkeit auf die formelle Wirksamkeit des römischen Verbalcontracts und auf die Möglichkeit zurückgelenkt zu haben, dadurch nach Art des heutigen Wechsels ein abstractes nomen zu erzeugen. Er vergleicht daher die Stipulation mit einer wirklichen Leistung, welche erst durch die auf der Absicht der Partheien beruhende materielle Grundlage (causa) ihre nähere Bestimmung erhält.

Dieſe Auffaſſung hat Liebe[1]) denn auch auf die Novation übertragen, und faſt alle neueren Bearbeiter dieſer Lehre ſind ihm darin gefolgt. Die Novationsſtipulation wirkt alſo nach ſeiner Vorſtellung formell obligatoriſch, ſie erzeugt ein abſtractes nomen von einem der früheren Obligation gleichgeltenden Vermögenswerth. Das Verhältniß dieſes neuen nomen zu dem Beſtande der früheren Obligation bleibt zunächſt ganz in suspenso. Daß es an deren Stelle tritt, ſie verdrängt, tilgt, novirt, beruht nicht auf der Stipulation ſelbſt, ſondern auf dem nebenhergehenden Willen der Partheien, auf dem animus novandi. Die Novation kann demnach als Zahlung vermittelſt eines neuen nomen von gleichem Inhalt bezeichnet und mit einer datio in solutum verglichen werden.[2]) Dieſe Lehre beſticht durch ihre Uebereinſtimmung mit den Reſultaten der neueren Unterſuchungen über die Stipulation und ihre causa, in welche ſie ſich als ein anſcheinend nothwendiges Glied einfügt. Ich werde auf dieſen Gegenſtand ſpäter (§. 36.) zurückkommen, und die Grenzen nachzuweiſen ſuchen, innerhalb deren jene Auffaſſung der Stipulation Berechtigung hat; ſchon jetzt muß ich aber ihrer Anwendung auf die Novationslehre in der angegebenen Richtung entſchieden widerſprechen.

Für das ältere Recht, welches uns zunächſt beſchäftigt, entfernt ſich jene Lehre am Meiſten von der Wahrheit. Ich werde, um für jetzt wieder der Darſtellung des Gajus zu folgen, zunächſt den Beweis eines ihr geradezu widerſprechenden Satzes führen, der ſich dahin formuliren läßt: Die Novationsſtipulation bedarf zu ihrer tilgenden Wirkung keines obligatoriſchen Inhalts, ihre liberatoriſche Wirkung iſt unabhängig von ihrer obligatoriſchen.

Die Frage, die mit dieſem Satze berührt wird, war zur Zeit des Gajus von eigenthümlichem Intereſſe, weshalb er ſich mit derſelben mehrfach beſchäftigt. Zunächſt bei ſeinem erſten Beiſpiel, dem Falle des Eintritts eines neuen Schuldners:

> §. 176. — nam interventu novae personae nova nascitur obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem, *adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur*, veluti si quod mihi debes a Titio post mortem ejus vel a muliere pupillove sine tutore auctore stipulatus fuero, *quo casu rem amitto; nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est.* non idem juris est, si a servo stipulatus fuero: nam tunc proinde adhuc obligatus tenetur ac si postea a nullo stipulatus fuissem.

1) Stipulation S. 156 folg. Vergl. außerdem beſonders Gneiſt die formellen Verträge S. 138 folg. Bähr Anerkennung S. 43 folg. Etwas anders iſt die Auffaſſung von Girtanner Stipulation S. 231 folg.

2) Vergl. auch Savigny Obligationenrecht I. S. 165.

Bei der novatio inter easdem personas kommt er dann gelegentlich der bedingten Novationsstipulation auf dasselbe Thema zurück:

§. 179. i. f. — Servius Sulpicius existimavit statim et pendente condicione novationem fieri, *et si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse; eo modo rem perire:* qui consequenter et illut respondit, si quis id quod sibi Lucius Titius deberet, a servo fuerit stipulatus, novationem fieri *et rem perire, quia cum servo agi non potest:* sed in utroque casu alio jure utimur: non magis his casibus novatio fit, quam si id quod tu mihi debeas a peregrino, cum quo sponsionis communio non est, spondes verbo stipulatus sim.

Beide Stellen stehen offenbar in nahem Zusammenhange, und wir erfahren daraus Folgendes.

Nur ausnahmsweise (interdum) konnte durch eine stipulatio inutilis Novation zu Stande kommen, so daß Liberation ohne neue Obligation eintrat (res perit, amittitur). Der Regel nach war zur Novation eine stipulatio utilis erforderlich. Servius Sulpicius hatte zwar das entgegengesetzte Princip als Regel vertheidigt (consequenter respondit), diese Lehre war aber zur Zeit des Gajus bereits verlassen (alio jure utimur). Von den als Rest derselben stehen gebliebenen Ausnahmsfällen nennt Gajus drei: die Stipulation post mortem tuam dari spondes? die Stipulation von einer Frau und von einem Pupillen ohne auctoritas des Tutors. Der erste dieser Ausnahmsfälle fiel im Justinianischen Recht fort, weil die Stipulation post mortem als eine gültige anerkannt wurde;

§. 13. inst. de inutilibus stipulationibus (3,20).

Der zweite fiel mit der tutela mulierum; es blieb also nur der dritte Fall übrig, die Stipulation von einem Pupillen ohne Mitwirkung des Tutor. Demgemäß ist denn auch die Stelle des Gajus bei der Aufnahme in die Justinianischen Institutionen abgeändert worden.

§. 3. inst. quibus modis tollitur obligatio (3,30).

Diesen letzten Fall erwähnt auch Ulpian in l. 1. §. 1. h. t.

Qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter, *utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.*

In dieser Stelle hat man denn auch das der Ausnahme zu Grunde liegende Princip ausgesprochen zu finden geglaubt, welches darin bestehen soll, daß die Stipulation hier wenigstens eine naturalis obligatio zu Stande bringt. Schriftsteller älterer und neuerer Zeit haben mit mancherlei Gründen zu erklären gesucht, warum dieses Princip nicht

gleichmäßig auf die Stipulation von einem Sklaven angewendet worden ſei, welche doch ebenfalls eine naturalis obligatio erzeugt, während ihr die Kraft zu noviren abgeſprochen wird.[3]) Viel gewichtiger iſt aber ein anderes Bedenken gegen dieſe Auffaſſung der mitgetheilten Stelle. Man ſchließt aus derſelben gewöhnlich, daß eine Naturalobligation das Minimum der Erforderniſſe einer Novation ſei, daß alſo auch im Fall einer obligatio civilis der naturale Beſtandtheil der Obligation jedenfalls als gültig vorausgeſetzt und ſomit eine materiell wirkſame Verpflichtung erfordert werde. Dies iſt unrichtig; dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter iſt ſtreng disjunctiv zu verſtehen, d. h. ſo, daß auch eine *obligatio civilis* ohne naturale Verpflichtung, eine formell gültige, aber materiell inhaltloſe Stipulation genügt, um eine Novation herbeizuführen.

Für dieſe Behauptung liefert zunächſt einen indirecten Beweis der Fall, wo die Novation zugleich eine Interceſſion enthält, und der neuen Obligation die exceptio senatusconsulti Vellejani entgegenſteht. Dieſe Einrede zerſtört bekanntlich auch den naturalen Beſtandtheil der Obligation und es müßte deshalb nach der gewöhnlichen Anſicht in einem ſolchen Falle keine Novation eintreten, ſondern die ältere Obligation fortbeſtehen. Dies iſt aber nicht der Fall; die Schuld, für welche intercedirt wird, geht gleichwohl unter, ſie wird nur durch ein beſonderes Rechtsmittel, die actio restitutoria, wiederhergeſtellt und zwar nicht einmal immer in ihrem vollen Umfange — den correis credendi geht ihre Forderung trotz der Unwirkſamkeit der Interceſſion definitiv verloren, l. 8. §. 11. ad SC. Vellejanum (16,1). Der Satz, von dem ich ſpreche, läßt ſich aber auch vollkommen direct erweiſen aus dem in l. 91. de solutionibus (46,3) enthaltenen Beiſpiel. In dieſer Stelle widerlegt Paulus die Behauptung des Labeo, daß ein anweſender Schuldner nicht wider ſeinen Willen befreit werden könne. Er findet die bereits oben beſprochene, den Römern ſo geläufige Liberationsform, Novation mit folgender Acceptilation, auch zu dieſem Zwecke brauchbar:

> immo debitorem tuum et praesentem et invitum liberare ita poteris, supponendo alium, a quo debitum novandi causa stipuleris; *quod etiam si acceptum non feceris, tamen statim, quod ad te attinet, res peribit; nam et petentem te doli mali praescriptio excludet.*

3) Schon Theophilus (§. 3. inst. quibus modis 3,30) giebt folgende Erklärung von ſehr zweifelhaftem hiſtoriſchen Werthe: Δεῖ πρὸς τοῦτο λέγειν ὅτι ποιεῖ νοβατίονα οὐ μόνον τὸ τίκτεσθαι φυσικὴν ἐνοχήν, ἀλλὰ καὶ τὸ ὑπεῖναι πρόσωπον· ἀπρόσωπος δὲ παρὰ τοῖς νόμοις ὁ δοῦλος. Vergl. auch *Donellus* Comm. XVI. c. 20. *Vinnius* ad §. 3. inst. quibus modis tollitur obligatio No. 5. Bähr Anerkennung S. 44 Note 10. Girtanner Stipulation S. 242.

Hier intereſſirt uns nur der Zuſatz, den der Juriſt macht: auch vor erfolgter Acceptilation iſt die Obligation des Expromiſſor durch exceptio doli zu entkräften, weil ſie bloß zur Befreiung des früheren Schuldners beſtimmt war. Es iſt gar keine materielle Verbindlichkeit übernommen, ſondern nur eine formelle Handlung vorgenommen, welche eine civilis obligatio aber ohne naturalen Beſtandtheil erzeugt. Dies genügt zur Novation. Ein zweites Beiſpiel einer novirenden Stipulation ohne correſpondirenden obligatoriſchen Inhalt giebt die alternative Stipulationsformel: quod te aut Sejuus dare oportet, durch welche, wenigſtens nach der Anſicht von Neratius und Paulus, die Obligationen beider früheren Schuldner novirt wurden,

l. 32. h. t.

während allerdings Celſus, Marcellus und Ulpian dem neuen Schuldner die Wahl laſſen wollten, einen oder den anderen zu befreien.

l. 26. 8. §. 4. h. t.[4])

Der Unterſchied des zur Zeit des Gajus und der claſſiſchen Juriſten geltenden Rechts von der älteren Lehre des Servius Sulpicius iſt alſo im Reſultat viel weniger bedeutend, als es auf den erſten Anblick ſcheint. Urſprünglich, ſo müſſen wir annehmen, war die liberatoriſche Wirkung der Novationsſtipulation von der obligatoriſchen völlig unabhängig. Die ſpätere Rechtsentwickelung forderte eine stipulatio utilis, aber dieſes Erforderniß iſt kein materielles, ſondern ein formelles; es kam nicht darauf an, daß die Stipulation einen wirklichen obligatoriſchen Effect hatte, ſondern nur, daß ſie im Sinne des alten Civilrechts gültig, daß ſie nicht ipso jure unwirkſam war. Damit wurde nun auch die tilgende Wirkung der Novationsſtipulation von allen Subtilitäten des alten Stipulationenrechts afficirt. Wahrſcheinlich beruhen auch die drei von Gajus berichteten Ausnahmsfälle auf beſtimmten hiſtoriſchen Eigenthümlichkeiten; ein gemeinſchaftliches Princip für dieſelben aufzuſuchen, würde ein vergebliches Unternehmen ſein.

§. 27. Fortſetzung. Einzelne Fälle von stipulationes inutiles. Bedingte Novationsſtipulation.

Das Reſultat der in dem vorigen Paragraphen angeſtellten Unterſuchung ſoll jetzt noch durch eine Reihe von Beiſpielen aus den Quellen erläutert werden. Es handelt ſich dabei allerdings nicht um eine praktiſche Ausbeute, aber der Gewinn wird jedenfalls darin beſtehen, daß eine große Zahl von Sätzen, die ſich bis auf den heutigen Tag in unſeren

4) Um die augenſcheinliche Antinomie zwiſchen dieſen Stellen zu beſeitigen, hat Huſchke (Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß N. F. Bd. II. S. 162) zu l. 32. cit. die Emendation vorgeſchlagen: Te hominem *aut* Sejum decem mihi dare oportet. Dann verliert die Entſcheidung: utrumque novatur aber eigentlich alle Bedeutung.

Lehrbüchern fortgeſchleppt haben, als längſt abgeſtorbene Elemente erkannt werden.

1. Die älteſte Form des Verbalcontracts, die Sponſion, war ſtreng juris civilis; nur die freieren Formen, dabis? dabo, promittis? promitto u. ſ. w., waren juris gentium und darum auch unter Peregrinen gültig Gaj. III. §. 93. Demnach konnte auch durch die Sponſion eines Peregrinen keine Novation zu Stande kommen. Gaj. III. §. 179. i. f. (S. 149).

2. Wie wir bereits geſehen haben, konnte auch durch Promiſſion eines Sklaven keine Novation geſchehen, wiewohl dieſelbe eine Naturalobligation erzeugte.

Gaj. III. §. 176. (S. 148).

Selbſt wenn gegen den Herrn des Sklaven aus der Stipulation eine actio de peculio gegeben wurde, war keine Novation möglich, ſondern die frühere Obligation konnte nur per exceptionem ungültig werden.

l. 30. §. 1. de pactis (2,14) (S. 157).

3. Eine bedingte Stipulation[1]) wird bis zum Eintritt der Bedingung als juriſtiſch unwirkſam behandelt, bewirkt alſo auch erſt von dieſem Zeitpunkte an eine Novation; fällt die Bedingung aus, ſo tritt keine Novation ein, ſondern die frühere Obligation beſteht fort.[2])

Gaj. III. §. 179. (S. 158). l. 8. §. 1. i. f. l. 14. pr. h. t.

l. 24. h. t. Novatio non potest contingere ex ea stipulatione quae non committitur.

Sind zur Zeit des Eintritts der Bedingung die Vorausſetzungen einer gültigen Stipulation nicht mehr vorhanden, ſo iſt wiederum keine Novation möglich; ſo namentlich dann nicht, wenn die verſprochene Species inzwiſchen untergegangen war.

l. 14. pr. h. t. — Et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente conditione decesserit, *nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo conditio impletur.*

l. 31. pr. h. t. Si rem aliquam dari stipulatus sim, deinde eandem sub conditione novandi animo ab eodem stipuler, *manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi locus sit.* —

4. Im Allgemeinen war, wie ſchon eben bemerkt, die Stipulation einer nicht exiſtirenden Sache ungültig, l. 1. §. 9. de O. et A. (44,7), l. 103. de V. O. (45,1), und deshalb zur Novation unbrauchbar. Von dieſer Regel wurde indeſſen von einem Theile der römiſchen Juriſten eine Ausnahme gemacht in dem Falle, wenn der Promiſſor dieſelbe Sache

1) Ueber dieſen und die folgenden Fälle handelt ausführlich Kniep Einfluß der bedingten Novation auf die urſprüngliche Obligatio. Wismar und Ludwigsluſt 1860.

2) Daher iſt in l. 60. §. 1. de condictione indebiti (12,6) der Ausdruck pendente novatione gebraucht, weil die Bedingung auch den Tilgungsact ſuſpendirt.

bereits aus einem anderen Rechtsgrunde schuldig war, und sich mit dieser Leistung in mora befand, die Obligation also des Unterganges der Sache ungeachtet perpetuirt war. l. 82. §. 1., l. 91. §§. 3. seqq. de V. O. (45,1). Die Gültigkeit der Stipulation hominem dari in diesem Ausnahmsfalle wird anerkannt von Paulus in

l. 83. §. 7. de V. O. (45,1). Stichum qui decessit si stipuler, si quidem condici etiam mortuus potuit, ut furi, utiliter me stipulatum Sabinus ait; si vero ex aliis causis, inutiliter, quia etsi deberetur morte promissor liberaretur. Idem ergo dicetur, et si mora facta defunctum stipularer.

Demgemäß läßt Paulus in diesem Falle auch Novation zu.

l. 91. §. 6. eod. — Novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est, quia *neque hominem qui non est*, neque pecuniam quae non debetur, *stipulari possumus. Ego puto novationem fieri posse*, — quod et Juliano placet.

Der Jurist spricht hier von der Möglichkeit, eine durch Mora des Promissor perpetuirte Obligation nach dem Untergange der geschuldeten Sache zu noviren, und findet eine Schwierigkeit in der Fassung der Novationsstipulation, weil ein homo qui non est im Allgemeinen nicht Gegenstand einer gültigen Stipulation sein konnte. Er entscheidet sich für die Möglichkeit der Novation, ohne sich jedoch über die Fassung der Novationsstipulation auszusprechen.[3])

Bestimmteren Inhalts ist die folgende Stelle von Venulejus, welche theilweise schon oben bei der bedingten Novation mitgetheilt ist. Der Zweifel wiederholt sich nämlich in dem Falle, wenn nach eingetretener Mora des Promissor dieselbe Sache unter einer Bedingung stipulirt wird und nun pendente conditione untergeht. Venulejus entscheidet auch hier für die Gültigkeit der Stipulation, und demgemäß der Novation.

l. 31. pr. h. t. (im Anschluß an den unter 3. abgedruckten Eingang der Stelle) — manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi locus sit, *nisi si per promissorem steterit quominus daret.* Ideoque si hominem mihi dare te oporteat, et in mora fueris quominus dares, etiam defuncto eo teneris; et si prius quam decederet, quum jam mora facta sit, eundem a te sub conditione stipulatus fuero, et servus postea decesserit, deinde conditio extiterit, *quum jam ex stipulatu obligatus es mihi, novatio quoque fiet.*

Der Grund der Entscheidung, quum jam ex stipulatu obligatus es mihi, bezieht sich hier offenbar auf die Gültigkeit der zweiten Stipulation,

3) Es bleibt deshalb auch unaufgeklärt, in welchem Sinne sich Paulus in den Schlußworten der Stelle auf die Autorität von Julian berufen durfte, der, wie sich gleich zeigen wird, für die im Text behandelte Frage die entgegengesetzte Ansicht vertrat.

nicht auf die Fortdauer der prior obligatio, welche in dem zweiten Satze der Stelle (si hominem mihi dare te oporteat) gar keine Verbalobligation zu sein braucht.

Der entgegengesetzten Ansicht ist Julian in

l. 56. §. 8. de V. O. (45,1). Si hominem, quem a Titio pure stipulatus fueram, Sejus mihi sub conditione promiserit, et is pendente conditione post moram Titii decesserit, *confestim cum Titio agere potero, nec Sejus existente conditione mihi obligatur;* at si Titio acceptum fecissem, Sejus existente conditione obligari potest. Idcirco haec tam varie, quod *homine mortuo desinit esse res in quam Sejus obligetur,* acceptilatione interposita superest homo, quem Sejus promiserat.

Hier wird die zweite Stipulation als ungültig behandelt, und deshalb die Novation für unmöglich erklärt, der Mora des Promissor also nur Einfluß auf den Fortbestand der früheren Obligation eingeräumt.

Von derselben Auffassung geht Marcellus aus, der indessen über die bedingte Novation eine eigenthümliche Theorie aufstellte, indem er sie unter den Gesichtspunkt der Oblation brachte. Die Stelle, in welcher uns diese Theorie des Marcellus direct erhalten ist, ist in unseren Ausgaben durch eine sinnstörende Interpunktion entstellt; sie lautet, richtig eingetheilt, folgendermaßen:[4])

l. 72. §. 1. de solutionibus (46,3). Quum Stichum mihi deberes, et in solvendo moram fecisses, sub conditione eam promisisti; pendente ea Stichus decessit. Videamus an, *quia novari prior obligatio non potest,* petitio servi competat ea quae competeret, si non intercessisset stipulatio? Sed in promptu contradictio est, debitorem, quum stipulanti creditori sub conditione promisit, non videri in solutione hominis cessasse; nam verum est, eum qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari.

§. 2. Sed quid si ignorante debitore ab alio creditor eum stipulatus est? Hic quoque existimandus est periculo debitor liberatus, quemadmodum si quolibet nomine ejus servum offerente stipulator accipere noluisset.

§. 3. Idem responsum est, si quis, quum subreptus sibi servus esset, sub conditione stipulatus fuerit, quidquid furem dare facere oportet; nam et fur condictione liberatur, si dominus oblatum sibi accipere noluit.

Si tamen, quum in provincia forte servus esset, inter-

4) Aehnlich schon bei Mommsen, die Lehre von der Mora, S. 335, Note 10.

cesserit stipulatio? Et finge prius quam facultatem ejus nanciscerétur fur vel promissor, decessisse servum. Non poterit rationi quam supra reddidimus locus esse; non enim obtulisse eum propter absentiam intelligi potest.

Marcellus behandelt die Unmöglichkeit der Novation als eine feststehende Voraussetzung (novari prior obligatio non potest), und beschäftigt sich mit dem Schicksale der früheren Obligation als einer unzweifelhaft an sich fortbestehenden. Er findet, daß durch die zweite, wenngleich bedingte Stipulation dennoch die Mora purgirt werden könne, weil er sie, unter Voraussetzung der Gegenwart des Objects, der reellen Oblation gleichstellt. Was ich als zweites Alinea des §. 3. besonders hervorgehoben habe, bezieht sich (wie schon die Worte fur vel promissor ergeben) auf alle drei Fälle von §. 1—3. zurück, und der Jurist beschränkt damit seine ganze Entscheidung. Spätere haben indeß seine Ansicht ohne diese Beschränkung gebilligt. Namentlich sagt Papinian mit deutlicher Bezugnahme auf ihn:

l. 17. de condictione furtiva (13,1). Parvi refert ad tollendam condictionem, offeratur servus furtivus, an in aliud nomen aliumque statum obligationis transferatur. *Nec me movet, praesens homo fuerit necne.*

Ebenso citirt Ulpian den Marcellus, ohne der Beschränkung auf ein gegenwärtiges Object zu gedenken

l. 14. pr. h. t. — Unde Marcellus, etsi post moram Stichus in conditionalem obligationem deductus sit, purgari moram, nec in sequentem deduci obligationem putat.

Dieser Stelle liegt aber schon wieder eine etwas modificirte Argumentation zu Grunde. Wenn nämlich einmal die Mora durch die bedingte Novationsstipulation purgirt war, so fiel der ganze Ausnahmsfall und damit die Controverse über denselben in ihrer früheren Gestalt fort; die Consequenz mußte nun nach der Regel für die Ungültigkeit der neuen Stipulation gezogen werden, quia non subest res eo tempore, quo conditio impletur. Zu dem Schlußsatz der Stelle nec in sequentem deduci obligationem putat ist nicht moram, sondern Stichum zu ergänzen; der Sinn ist: es kommt keine gültige neue Obligation zu Stande.

Die besprochene Theorie des Marcellus hat auch noch auf einige andere Fälle Anwendung gefunden, in denen eine Stipulation an sich ungültig ist, und deshalb keine Novation bewirken kann, in denen ihr aber gleichwohl der Erfolg einer purgatio morae beigelegt wird. Hierher gehört

5. die Stipulation einer eigenen Sache des Stipulators. Dies ist eine stipulatio inutilis, Gaj. III. §. 99., §. 2. inst. de inutilibus stipulationibus (3,20), l. 1. §. 10. de O. et A. (44,7), l. 82. pr. de V. O. (45,1), die eben darum zur Novation untauglich ist.

l. 29. §. 1. de V. O. (45,1). Si a fure hominem sim stipulatus, quaesitum est, an stipulatio valeat. Movet quaestionem quod stipulatus hominem plerumque meum videor. Non valet autem hujusmodi stipulatio, ubi quis rem suam stipulatus est. Et constat, si quidem ita stipulatus sim: *quod ex causa condictionis dare facere oportet*, stipulationem valere; si vero *hominem dari* stipulatus fuero, nullius momenti esse stipulationem. Quodsi postea sine mora decessisse proponatur servus, non teneri furem condictione Marcellus ait; quamdiu enim vivit, condici poterit; at si decessisse proponatur, in ea conditione est, ut evanescat condictio propter stipulationem.

Dieſe Stelle ſpricht direct nicht von der Novation; daß aber von der Gültigkeit der Stipulation zugleich der Tilgungseffect derſelben abhängig gedacht wird, geht ſowohl aus dem Zuſammenhange mit dem principium der Stelle, als aus dem Schlußſatz derſelben hervor. Der Juriſt erklärt alſo eine Novation der condictio furtiva für unzweifelhaft möglich durch eine stipulatio incerti: quod ex causa condictionis dare facere oportet, für unſtatthaft durch eine stipulatio certi: hominem dari.[5]) Gleichwohl kann auch die letztere Stipulationsform unter Umſtänden das Erlöſchen der condictio furtiva herbeiführen, wenn nämlich der Sklave ohne eine neue Mora des Diebes ſtirbt. Denn — ſo argumentirt der Juriſt auf die Autorität des Marcellus — die bisherige mora ex re iſt purgirt.[6])

6. Endlich iſt in dieſem Zuſammenhange noch der Grundſatz der l. 18. de V. O. (15,1) zu erwähnen:

Qui bis idem promittit ipso jure amplius quam semel non tenetur.

Von zwei Stipulationen über daſſelbe Object unter denſelben Partheien iſt die zweite ungültig. Nur dann wird dieſelbe gültig und wird eine Novationsſtipulation, wenn ſie gegenüber der erſten einen Zuſatz enthält:

Gaj. III. §. 177. Sed si eadem persona sit a qua postea stipuler, *ita demum novatio fit si quid in posteriore stipulatione novi sit*, forte si conditio, vel sponsor aut dies adjiciatur vel detrahatur.

Das genauere Verſtändniß dieſes Gegenſatzes wird uns ſpäter näher

5) Hiermit ſtimmt überein l. 72. §. 3. de solutionibus (46,3). (S. S. 154). Daß dort nicht Novation ſondern nur purgatio morae als Folge der stipulatio incerti anerkannt wird, rührt davon her, daß eine bedingte Novationsſtipulation vorausgeſetzt iſt.

6) Dieſe Auslegung der Stelle findet ſich im Weſentlichen ſchon bei Alciat, Donellus und Cujacius. Die Bedenken, welche Liebe (Stipulation S. 286 folg.) dagegen erhoben hat, kann ich ebenſowenig theilen, als ſeine eigene höchſt künſtliche Interpretation billigen.

beſchäftigen. Hier will ich nur noch darauf aufmerkſam machen, daß auch einer zweiten gleichlautenden und darum ſowohl ungültigen als nicht novirenden Stipulation der Erfolg einer purgatio morae zugeſtanden wird:

l. 8. pr. h. t. Si Stichum dari stipulatus fuerim, et quum in mora promissor esset, quo minus daret, rursus eundem stipulatus fuero, desinit periculum ad promissorem pertinere, quasi mora purgata.

Sehr mit Unrecht wird in dieſer Stelle gewöhnlich eine Novationsſtipulation angenommen, und die purgatio morae als eine Folge der Novation aufgefaßt.[7]) Eine ſolche Vorſtellung iſt den Römern ebenſo fremd, als wenn man etwa ſagen wollte, die Mora würde durch Zahlung purgirt. Wir haben vielmehr hier wieder nur eine Conſequenz der von Ulpian überall adoptirten Theorie des Marcellus vor uns, der eine purgatio morae als das minus überall da zuließ, wo die Novation nicht eintrat.

Im Rückblick auf die ſämmtlichen in dieſem Paragraphen behandelten Beiſpiele von stipulationes inutiles habe ich jetzt noch eine allgemeine Bemerkung zu machen. Ich habe ſchon mehrfach hervorgehoben, daß das in der Ungültigkeit der Stipulation liegende Hinderniß der Novation ein formelles, kein materielles iſt. Wir haben oben geſehen, daß formell gültige Stipulationen zur Novation tauglich ſind, auch wenn ſie keinen materiellen Inhalt haben. Umgekehrt kann der materielle Erfolg der Aufhebung der früheren Obligation auch durch eine stipulatio inutilis erreicht werden. Unmöglich bleibt in dieſem Falle nur der tilgende Formalact des jus civile, die frühere Obligation beſteht ipso jure fort, ſie wird nicht novirt. Ob ſie aber daneben durch eine Einrede entkräftet wird, alſo zu einem gehaltloſen Schein herabſinkt, das iſt wiederum nur von der materiellen Willensrichtung der Partheien abhängig.

Es kann etwa der früheren nicht novirten Obligation eine exceptio doli oder pacti entgegengeſetzt werden. Ich habe dies ſchon für die Sklavenſtipulation bemerkt in dem Falle, wo gegen den Herrn eine actio de peculio gegeben wird. Die Entſcheidung dieſer Frage iſt lediglich von den Umſtänden des einzelnen Falles abhängig.

l. 30. §. 1. de pactis (2,14). Qui pecuniam a servo stipulatus est, quam sibi Titius debebat, si a Titio petat, an exceptione pacti conventi summoveri et possit et debeat, quia pactus videatur, ne a Titio petat, quaesitum

7) v. Madai, Mora S. 484 folg. Wolff, Mora S. 508 folg. Mommſen, Mora S. 331 folg. Puchta, Pandekten §. 270. Note bb. Göſchen, Vorleſungen §§. 455. folg. Das Mißverſtändniß wird beſonders dadurch gefährlich, daß damit die Frage nach dem Umfange der neuen Obligation im Verhältniß zur früheren verwirrt wird. Siehe beſonders Kniep a. a. O. §§. 3. folg.

est. Julianus ita summovendum putat, si stipulatori in dominum istius servi de peculio actio danda est, id est si justam causam intercedendi servus habuit, quia forte tantundem pecuniam Titio debuit. Quodsi quasi fidejussor intervenit ex causa, qua in peculium actio non daretur, non esse inhibendum creditorem quominus a Titio petat. Aeque nullo modo prohiberi eum debere, si eum servum liberum esse credidisset.

Daſſelbe gilt von der bedingten Novation. Bei einer bedingten Novationsſtipulation unter denſelben Partheien nimmt Gajus als Regel an, daß im Fall des Ausfalls der Bedingung eine Einrede gegen die frühere Obligation begründet ſei.

Gaj. III. §. 179. Quod autem diximus si condicio adjiciatur novationem fieri, sic intellegi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si condicio extiterit; alioquin *si defecerit, durat prior obligatio.* Sed videamus num is qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conventi exceptione possit summoveri: *et videtur inter eos id actum, ud ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit condicio.*[8])

Der Fortbeſtand der prior obligatio iſt alſo hier nur ein ideeller, kein effectiver; ſie gilt nur jure civili, nicht jure naturali. Im Falle der Stipulation von einem Dritten entſcheidet Gajus umgekehrt:[9])

l. 30. §. 2. de pactis (2,14). Si sub conditione stipulatus fuerim a te, quod Titius mihi pure debebat, an deficiente conditione, si a Titio petam, exceptione pacti conventi et possim et debeam summoveri? *Et magis est, exceptionem non esse opponendam.*

Beides iſt natürlich nur Sache der Willensauslegung.

Eben darum iſt aber die ganze hier abgehandelte Materie ohne Werth für das heutige Recht. Den claſſiſchen Juriſten konnte es allerdings noch darauf ankommen, feſtzuſtellen, ob eine Obligation ipso jure oder per exceptionem aufgehoben war. Denn wenigſtens bei stricti juris judiciis gingen die Exceptionen verloren, wenn ſie nicht in die Formel aufgenommen wurden. Schon mit dem alten ordo judiciorum iſt dieſer Unterſchied verſchwunden, und für uns iſt er völlig werthlos. Ob eine bedingte Novation ihre tilgende Wirkung ſogleich und unter allen Umſtänden, oder erſt mit Eintritt der Bedingung äußert, iſt bei uns

8) Mit Kniep, a. a. O. S. 10, 30, dieſe Stelle von einer nur pendente conditione zuläſſigen Einrede zu verſtehen, halte ich für vollſtändig unmöglich.

9) Ebenſo Julian in l. 56. §. 8. de V. O. (45,1) (S. 154), confestim cum Titio agere potero. Einen ähnlichen Unterſchied macht Paulus in l. 60. §. 1. de condictione indebiti (12,6).

lediglich von der Willensmeinung der Partheien abhängig; das Eine ist so gut möglich, wie das Andere. Nur eine dem Leben entfremdete Wissenschaft konnte die Aussprüche der römischen Juristen darüber ohne Weiteres als geltendes Recht wiederholen.[10])

§. 28. Identität des Objects der alten und neuen Obligation. Ausdruck derselben in der Stipulationsformel.

Ich kehre noch einmal zu der im Eingange des §. 26. aufgeworfenen Frage zurück: Wie kommt die Stipulation zu der Function eines Tilgungsactes? Nach dem Bisherigen müssen wir die Vorstellung von einem durch die Stipulation erzeugten abstracten nomen, welches zu einer zahlungsähnlichen Tilgung einer Schuld verwendbar wäre, aufgeben. Es ist kein materiell wirksamer Obligationsact erforderlich, sondern nur ein formell gültiger Verbalcontract, und auch dieser nicht einmal in der ältesten Zeit (Servius Sulpicius). Mit dieser Negative ist aber die Frage nicht erledigt. Wir müssen jetzt weiter untersuchen: unter welchen Bedingungen hat eine Stipulation zugleich den Erfolg, eine frühere Obligation aufzuheben? welche Eigenschaften muß sie besitzen, um eine Novationsstipulation zu sein?

Die Darstellung des Gajus, der wir bisher gefolgt sind, läßt uns bei der speciellen Beantwortung dieser Fragen im Stich. Aus seinen oben mitgetheilten Beispielen können wir nur etwa noch die allgemeine Regel ableiten, daß das Object der Novationsstipulation mit dem der früheren Obligation identisch sein mußte.

> Gaj. II. §. 38. — nam *quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi* — opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris.
>
> III. §. 176. — veluti si *quod tu mihi debeas* a Titio dari stipulatus sim.
>
> §. 177. Sed si eadem persona sit a qua postea stipuler ita demum novatio sit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si condicio vel sponsor aut dies adjiciatur aut detrahatur.

Aus dem letzteren Ausspruche ersehen wir zugleich, daß die Identität unter Umständen keine absolute sein durfte; aber diese Ausnahme dient insofern doch zur Bestätigung der Regel, als die unterscheidenden Elemente der Novationsstipulation hier als erkennbare Zusätze zu dem mit der früheren Obligation übereinstimmenden Hauptobject derselben erscheinen.

10) Noch weniger freilich hätte der Gegenstand verdient, in einer besonderen Monographie wie der von Kniep behandelt zu werden.

Im Einklange damit ſtehen häufig wiederkehrende Quellenausſprüche, welche die Novation als Tilgung einer Verbindlichkeit durch Uebertragung derſelben in eine neue Obligation charakteriſiren.

Gaj. III. §. 176. — prima obligatio tollitur *translata in posteriorem.*

l. 1. pr. h. t. Novatio est prioris debiti *in aliam obligationem transfusio atque translatio*, hoc est cum *ex praecedente causa* ita *nova constituitur*, ut prior perimatur.

l. 2. h. t. Omnes res *transire in novationem* possunt.

l. 4. §. 1. i. f. de usuris (22,1) — quod non *transfertur in causam novationis*, jure pristino peti potest.

l. 71. pr. pro socio (17,2) — si novationis causa id fecissent, — tota res *in stipulationem translata* videretur.

l. 34. §. 2. i. f. h. t. — quum utriusque obligatio *in unius personam, a quo nunc stipulemur, confluat.*

Die gewöhnliche Umſchreibung der Novationsſtipulation *rem in stipulationem deducere* haben wir ſchon oben (S. 134) kennen gelernt.

Die Identität zwiſchen dem Object der Novationsſtipulation und dem der früheren Obligation iſt gleichwohl nicht immer als ein nothwendiges Erforderniß der Novation richtig erkannt worden. Direct läugnet es z. B. Donellus unter Berufung auf

l. 28. h. t. Fundum Cornelianum stipulatus, *quanti fundus est* postea stipulor. Si non novandi animo secunda stipulatio facta est, cessat novatio etc.

Dieſe Stelle enthält allerdings eine Abweichung von der beſprochenen Regel; dieſelbe iſt aber doch nur ſehr gering, wenn man bedenkt, daß die erſte Stipulation, welche der Juriſt vorausſetzt, nur durch eine pecuniaria condemnatio auf quanti fundus est realiſirt werden konnte. Gleichwohl haben andere römiſche Juriſten ſelbſt dieſe geringe Anomalie bedenklich gefunden, wie aus der ſchon beſprochenen l. 91. §. 6. de V. O. (45,1) hervorgeht:

Novari an possit haec obligatio, dubitationis est, quia neque hominem qui non est, *neque pecuniam quae non debetur*, stipulari possumus.

Unter den neueren Schriftſtellern hat ſich Liebe am entſchiedenſten im umgekehrten Sinne ausgeſprochen:[1])

Nach der Novation muß daſſelbe Object aus einem anderen Grunde geſchuldet werden: nicht bloß eine gleiche Summe oder dieſelbe species noch einmal, ſondern genau daſſelbe Object. — Res, oder Gegenſtand der Verbindlichkeit iſt nicht die Sache an ſich, ſondern die Sache mit der ihr nach dem Vertrage

1) Stipulation S. 158, 159. Aehnlich Girtanner, Stipulation S. 231 folg.

zukommenden Eigenschaft, als einer gerade aus diesem Vertrage geschuldeten. Wird dieselbe Sache, abgesehen von dieser ihrer Eigenschaft, mehrmals versprochen, so entstehen auch mehrere gesonderte Verbindlichkeiten.

In diesen Sätzen ist mit Recht die Identität des Objects beider Obligationen als die fundamentale Voraussetzung einer Novation ausgesprochen. Jedoch besteht gerade in den Kriterien dieser Uebereinstimmung des Inhalts ein wesentlicher Unterschied zwischen älterem und neuerem Recht. In der ursprünglichen Gestalt des Instituts, welche uns hier zunächst beschäftigt, ist das Erforderniß, von dem ich spreche, viel äußerlicher zu nehmen. Es handelt sich auch hier wieder um ein formelles, nicht ein materielles Requisit der Novationsstipulation. Das ältere römische Recht fragte nicht nach dem abstracten Rechtsgrunde oder tiefer liegenden Eigenthümlichkeiten der Forderung; es berücksichtigte nur das greifbare Element, mit der dieselbe an die Oberfläche der Erscheinung trat, und dies war die Stipulationsformel. An der Fassung der Stipulationsformel war es erkennbar, ob dieselbe auf eine frühere Obligation gleichen Inhalts tilgend zurückwirkte oder nicht.

Ich komme damit auf die bereits in §. 25. vorläufig angedeutete Verwandtschaft der Novation mit der processualischen Consumtion zurück. Auch diese beruhte auf der Identität der neuen Proceßobligation (des condemnari oportere) mit der untergegangenen Hauptforderung. Diese Identität des Objects wurde auch hier (auf dem Standpunkte des älteren Rechts) nicht nach einer Analyse des Inhalts beurtheilt, sondern nach der äußeren Gestalt, welche dem condemnari oportere durch die Klagformel gegeben wurde. Beide Institute beruhen auf demselben Princip. Ich habe schon oben hervorgehoben, daß diese Gemeinsamkeit sich bis auf die Construction der Formeln erstreckt. Die novirende Stipulationsformel war mit der consumirenden Klagformel gleichartig. Diese Sätze müssen jetzt einer eingehenden Detailuntersuchung unterworfen werden, jedoch sind zuvörderst noch einige allgemeinere Bemerkungen vorauszuschicken.

Nach dem, was ich früher über den Umfang der processualischen Consumtion gesagt habe, wird es hier keiner neuen Ausführung darüber bedürfen, daß bei einer consumirenden Klagformel nur an eine actio in personam zu denken ist. Die processualische Consumtion gehört ebenso wie die Novation ausschließlich dem Obligationenrecht an. Der Umfang beider läßt also in dieser Richtung eine vollständige Vergleichung zu. Dagegen haben wir oben aus Gajus bereits ein zweites Erforderniß der processualischen Consumtion kennen gelernt: formula in jus concepta. Alle actiones in factum conceptae consumirten die Obligation nicht, es wurde nur ein analoger Erfolg durch die exceptio rei in judicium deductae erreicht.

Die proceſſualiſche Conſumtion als modus tollendi obligationem (und nur von dieſem directen Tilgungsact des jus civile iſt hier die Rede) war alſo beſchränkt auf civile Klagen; ſie war ausgeſchloſſen bei allen prätoriſchen Klagen; denn mit dieſem Gegenſatz fällt der der formulae in jus und in factum conceptae zuſammen.[2]) Dieſe Beſchränkung theilt die Novation nicht; wir haben geſehen, daß auch actiones honorariae novationsfähig waren (l. 1. §. 1. h. t.). Wir kommen alſo ſchon früh auf eine Rechtsentwickelung, welche der Parallelismus beider Inſtitute nicht überdauert hat. Die größere Freiheit, welche die lediglich von der Willkür der Partheien abhängige Faſſung der Stipulationsformel geſtattete, hat ihre Ausdehnung auf die ſpäteren Schöpfungen des prätoriſchen Rechts möglich gemacht; während die an die obrigkeitliche Mitwirkung des Prätor gebundene Klagformel mit ihrer direct conſumirenden Wirkung nicht über das Gebiet des jus civile hinaus gelangt iſt. Das jus civile iſt allein der Boden, in welchem die Wurzeln beider zuſammenlaufen, und von welchem unſere Unterſuchung deshalb auszugehen hat.

Innerhalb der formulae in jus conceptae bietet ſich uns ein fernerer Gegenſatz zwiſchen formula certa und incerta dar, d. h. zwiſchen ſolchen Formeln, die eine certa oder incerta intentio hatten.[3]) Dieſer Gegenſatz wiederholt ſich unter den novirenden Stipulationsformeln, welche theils in einer stipulatio certi, theils in einer stipulatio incerti beſtehen. Die Wichtigkeit dieſes Unterſchiedes, beſonders für die Novation im älteren Recht, iſt auch von Anderen ſchon hervorgehoben worden.[4]) Daß derſelbe noch im juſtinianiſchen Recht gefühlt wurde, ergiebt folgendes Scholium des Thaleläus zu c. un. de rei uxoriae actione, *Basil.* lib. 29. tit. 1. c. 119. (*Ed. Fabrot.* Vol. IV. p. 660):

> Καὶ ἦν αὕτη ἡ ἐπερώτησις ἁπλῆ· εἰ μὲν γὰρ ἁπλούστερον ἐπηρώτησεν ἡ γυνὴ ἢ ἐπιδιδοὺς τὴν προῖκα, οἷον· ὁμολογεῖς λεγομένου τοῦ γάμου τὴν προῖκα ἐπιδιδόναι μοι; ἐλέγετο ἡ ἐπερώτησις βουλγαρία· εἰ δὲ οὕτως ἐπηρώτησεν· ὁμολογεῖς ἐὰν καταλυθῇ ὁ γάμος ἀναδιδόναι μοι τὴν προῖκα ὡς ἂν εἰ ἔδωκας αὐτὴν κινοῦντι πατρὶ τὴν rem uxoriam, ἕτερα νόμιμα εἶχεν ἡ ἐπερώτησις.

Mit der letzteren in der Faſſung des Scholiaſten nicht mehr genau kenntlichen Stipulationsformel iſt offenbar die formula incerti: quidquid actione rei uxoriae dare facere oportet gemeint. Im Anſchluß an die hier überlieferte Bezeichnung der erſten Formel als ἐπερώτησις βουλγαρία hat Cujacius den Gegenſatz ſo formulirt[5]):

2) Savigny, Syſtem Bd. V. §. 216.
3) Vergl. Savigny, a. a. O. S. 74 folg.
4) Vergl. beſonders Liebe, Stipulation §. 18.
5) ad l. 29. de V. O. (45,1). (Op. ed. Fabrot. tom. I. p. 1212).

Duplex est stipulatio: *vulgaris* quae fit simpliciter veluti *rem dari.* — Est et alia *specialis*, quae fit adjecta causa, *quod actione rei uxoriae dare facere oportet, dari*, vel *quod ex causa condictionis dare facere oportet.*

Diesem Sprachgebrauch haben sich Liebe und Andere[6]) angeschlossen; ich halte denselben jedoch für keinen besonders glücklich gewählten, weil darin der charakteristische Parallelismus mit den Klagformeln nicht hervortritt. Ich werde daher bei der allgemeineren Unterscheidung von stipulatio certi und incerti stehen bleiben.

Die intentio incerta gehörte bekanntlich nicht nur sämmtlichen actiones bonae fidei, sondern auch unter den actiones stricti juris den condictiones incerti an, während eine intentio certa nur der condictio auf dare einer certa res oder certa pecunia auf letztere (ist nach Savigny der Name condictio certi zu beschränken) zukam. Dem entsprechend hat auch die Novation durch stipulatio incerti eine viel größere Verwendbarkeit, und ich will deshalb mit ihr die Untersuchung beginnen.

§. 29. Die formula incerta: quidquid dare facere oportet. Stipulatio Aquiliana. Die Successionsformeln. Grenze derselben gegen die Correalstipulationen.

In den Digesten sind uns eine nicht unbeträchtliche Zahl von Stipulationsformeln der in Rede stehenden Art erhalten, z. B.:

l. 27. h. t. *quidquid ex vendito dare facere oportet.*

l. 29. §. 1. de V. O. (45,1) *quod ex causa condictionis dare facere oportet.*

l. 72. §. 3. de solutionibus (46,3) *quidquid furem dare facere oportet.*

l. 75. §. 6. de V. O. (45,1) *quod ex testamento mihi debes.*

l. 76. §. 1. eod. *quidquid te dare facere oportet* (hier auf eine actio locati bezogen) ebenso l. 89. 125. eod.

l. 1. §. 4. quarum rerum actio (44,5), *quidquid ob eam rem, si tunc liber fuisset, eum mihi dare oporteret* (von einer actio negotiorum gestorum).

Die Uebereinstimmung dieser Stipulationen mit der Fassung der entsprechenden Klagformeln liegt so auf der Hand, daß man kein Bedenken getragen hat, sie zugleich als Zeugnisse für die Construction der letzteren, wo solche nicht direct vorhanden sind, zu benutzen.[1]) Und zwar repräsentiren diese Formeln genau die intentio einer formula in jus

6) Gneist, formelle Verträge S. 150 folg.

1) Vergl. Savigny, System Bd. V. S. 605 folg.

concepta incerta, wie ſie uns Gajus in mannichfachen Beiſpielen beſchreibt (IV. §§. 41. 47. 60. 131. 136.). Der ſpecielle Gegenſtand der Klage wurde in der Formel bekanntlich in einem beſonderen der intentio vorangehenden Abſchnitt, der demonstratio, wiedergegeben. In unſeren Stipulationsformeln iſt er theilweiſe (in den erſten Beiſpielen) in den der intentio entſprechenden Abſchnitt mit aufgenommen, ſo daß die Formel keines weiteren Zuſatzes bedarf, theilweiſe (in den beiden letzten Beiſpielen) müſſen wir ihn in ganz ähnlicher Weiſe nach Art einer demonstratio vorausgeſchickt denken. Sämmtliche mitgetheilte Formeln ſind ſtreng in jus concipirt, mit Ausnahme der letzten, welche genau der Formel einer actio fictitia, wie ſie bei Gajus IV. §§. 34. 36. 37. wiedergegeben iſt, entſpricht. Dieſe actio fictitia (eine actio negotiorum gestorum utilis) iſt ſchon eine prätoriſche, aber eine der Civilklage nachgebildete, welche der formula in jus concepta noch ſehr nahe ſteht.[2])

Andererſeits iſt der Nachweis ebenſo leicht, daß die beſprochenen Stipulationen Novationsformeln ſind, d. h. daß ihnen neben dem obligatoriſchen Effect zugleich die Kraft der Tilgung in Bezug auf die vorausgegangene Obligation zukommt, auf welche Bezug genommen iſt. Die meiſten Stellen, aus denen die Formeln entnommen ſind, laſſen dies entweder ausdrücklich oder durch ihren Zuſammenhang erkennen. Da ich die wichtigſten derſelben ſchon näher beſprochen habe, will ich hier nur im Allgemeinen darauf verweiſen, und nur an eine ebenfalls bereits (S. 127) vorläufig erwähnte Stelle noch beſonders erinnern, in welche die Abhängigkeit der Novation gerade von dieſer Faſſung der Stipulationsformel am beſtimmteſten ausgedrückt iſt, nämlich

> l. 27. h. t. Emtor cum delegante venditore *pecuniam ita promittit: quidquid ex vendito dare facere oportet*, novatione secuta, usuras neutri post insecuti temporis debet.

Daß der Juriſt hier auf die Faſſung der Formel beſonderes Gewicht legt, ſagt die Stelle deutlich genug. Gewöhnlich wird dieſelbe deshalb im Zuſammenhang mit l. 76. §. 1. l. 89. 125. de V. O. (45,1) gebracht, ſo daß man ſich als Gegenſatz denkt: hätte der Käufer promittirt quidquid oportet *oportebitve*, ſo würde er auch Zinſen ſchuldig ſein. Dieſes argumentum e contrario halte ich, ſo ſcheinbar es iſt, für unrichtig, wie ich ſpäter zeigen werde.[3]) Der Gegenſatz, den der Juriſt im Gedanken hat, iſt vielmehr offenbar ein ſolcher, der gar keine Novationsſtipulation enthält, nämlich der einer reinen Delegation mit einer stipulatio certae pecuniae. Die Stelle iſt ſo zu verſtehen: Wenn der Käufer auf Delegation des Verkäufers mit einer formula incerta promittirt, dann tritt Novation ein, und deshalb wird der Zinſenlauf ſiſtirt.

2) Vergl. Savigny a. a. O. S. 82.

3) Vergl. unten §. 34.

Den ſchlagendſten Beweis aber, daß gerade dieſe Faſſung der Stipulation in eine formula incerta ihr den tilgenden Effect verſchaffte, liefert die stipulatio Aquiliana. Dieſes umfaſſende Stipulationsformular diente dazu, alle zwiſchen den Partheien beſtehende Schuldverhältniſſe durch Novation in eine einzige Verbalobligation überzuführen, um dieſe dann durch Acceptilation aufzuheben, und ſo eine Art von Generalquittung zu Stande zu bringen, die namentlich bei Vergleichen ſehr üblich war. l. 2. 15. de transactionibus (2,15), c. 3. 4. 15. 32. 40. eod. (2,4). Hier kam es alſo gerade darauf an, eine Formel zu wählen, welche den Tilgungseffect am vollſtändigſten ſicherte. Nach §. 2. inst. quibus modis tollitur obligatio (3,30) lautete dieſelbe folgendermaßen:

Quidquid te mihi ex quacunque causa dare facere oportet, oportebit, praesens in diemve,
quarumque rerum mihi tecum actio, quaeque abs te petitio vel adversus te persecutio est eritve, quodve tu meum habes, tenes, possidesve, dolove malo fecisti quominus possideas, quanti quaeque earum rerum res erit,
tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Negidius.

worauf dann die Acceptilationsformel folgte. Das Formular beſteht, wie ich durch die Abſätze angedeutet habe, aus zwei Hauptabſchnitten. Der erſte bezieht ſich auf die actiones in personam, alſo die eigentlichen rein obligatoriſchen Anſprüche; der zweite umfaßt alle diejenigen Obligationen, welche gelegentlich bei anderen Klagen, namentlich bei actiones in rem vorkommen konnten. Auf die Vollſtändigkeit des letzteren Abſchnittes iſt beſondere Kunſt verwendet, deren Verdienſt übrigens ſchwerlich dem erſten Erfinder Aquilius Gallus allein gebührt; vielmehr haben allem Anſchein nach die Juriſten der ſpäteren Jahrhunderte das überlieferte einfachere Formular mit neuen Cautelen bereichert, denn noch in dem aus Florentinus entnommenen zweiten Exemplar der Stipulation, welches uns in l. 18. §. 1. de acceptilatione (46,4) erhalten iſt, fehlt die eine Clauſel dolove malo fecisti quominus possideas. Hier intereſſirt uns hauptſächlich nur der erſte Abſchnitt, deſſen Inhalt ſich im Weſentlichen auf die einfache formula incerta reducirt: quidquid te mihi ex quacunque causa dare facere oportet. Vergleichen wir nun mit dieſer Formel die intentio derjenigen Klagen, welche dadurch novirt werden ſollten. Dieſe lauteten:[4])

A. für die Condictionen (actiones stricti juris),
si paret *decem millia dari oportere* (eigentliche condictio certi),

4) Vergl. Savigny, Syſtem Bd. V. S. 605 folg.

si paret *fundum Cornelianum dari oportere*,
quidquid dari fieri oportet (condictio incerti);

B. für die actiones bonae fidei,
quidquid dari fieri oportet ex fide bona;

C. für Delictsklagen:
pro fure damnum decidi oportere bei der actio furti. Die Formeln der übrigen Delictsklagen ſind unbekannt;

D. für die prätoriſchen Klagen endlich waren die Formeln in factum concipirt.

Genaue Uebereinſtimmung findet alſo eigentlich nur mit den beiden erſten Klaſſen von Klagen ſtatt. Savigny[5]) hat ſich dadurch in der That zu der Annahme beſtimmen laſſen, daß die stipulatio Aquiliana die Delictsobligationen nicht mit umfaßt habe. Mit demſelben Rechte müßte man aber dann auch die prätoriſchen Contractsklagen mit einer formula in factum concepta für ausgeſchloſſen halten. Dem widerſpricht ſowohl die dem Ganzen zu Grunde liegende Abſicht, als das ausdrückliche Zeugniß der l. 4. de transactionibus (2,15)

Aquiliana stipulatio *omnimodo omnes praecedentes obligationes* novat et perimit, ipsaque perimitur per acceptilationem, et hoc jure utimur.

Wir müſſen alſo vielmehr umgekehrt ſchließen, daß der Stipulationsformel quidquid dare facere oportet über den Parallelismus mit der Klagformel hinaus eine ganz umfaſſende conſumirende Kraft beigelegt worden iſt. Damit geht denn auch eine freiere Behandlung der Formelfaſſung ſelbſt Hand in Hand. Ich habe ſchon vorher darauf aufmerkſam gemacht, daß die Individualiſirung der Formel durch Bezugnahme auf die causa obligationis nicht auf die techniſche Conſtruction einer demonstratio beſchränkt war. Es waren aber zu dieſem Zweck auch andere Mittel der Bezeichnung als gerade der Obligationsgrund dienlich. Z. B. dürfen wir gewiß nicht zweifeln, daß die Formel der l. 47. de V. O. (45,1)

quod te mihi illis Kalendis dare oportet, id dare spondes?

zugleich eine Novationsformel war. Am weiteſten ging dieſe Verflüchtigung der formula incerta bei der Novation mit Perſonenwechſel. Auch in dieſen Fällen kommen allerdings vollſtändige Formeln vor, z. B. l. 27. cit. h. t.; viel gewöhnlicher aber war die Bezeichnung des Stipulationsobjectes durch bloße Bezugnahme auf die Perſonen des früheren Schuldverhältniſſes. Der Uebergang zu dieſer Abkürzung iſt am deutlichſten in l. 76. §. 2. de solutionibus erkennbar: *quidquid furem dare facere oportet*. Schließlich lauteten die Formeln:

5) a. a. O. S. 607.

quod mihi Sejus debet, dare spondes? Gaj. III. §. 176., l. 24. 34. §. 2. h. t., l. 75. §. 6. de V. O. (45,1), l. 8. §. 4., l. 26. 32. h. t.[6])

und *quod Titio debes*, mihi dare spondes. Gaj. II. §. 38. l. 8. §. 5. h. t.

Diese Formeln, welche wir später als wahre Successionsformeln, jene für die passive, diese für die active Succession, kennen lernen werden, verdienen noch eine nähere Betrachtung.

Fast alle neuere Schriftsteller, welche dieselben reproduciren, versehen sie dabei mit einem selbstgemachten Zusatz: *centum*, quae mihi Sejus debet, dare spondes? oder ähnlich, so daß centum das eigentliche Stipulationsobject, quae mihi Sejus debet nur ein erklärender Zusatz wird. Dies ist ganz unrömisch; alle so eben citirten Stellen, in welchen uns dergleichen Formeln erhalten sind, haben einen solchen Zusatz nicht.[7]) Zudem bezeichnet sie Ulpian ganz ausdrücklich als stipulationes incerti:

> l. 75. §. 6. de V. O. (45,1). Qui a Titio ita stipulatur: *quod mihi Sejus debet, dare spondes?* et qui ita stipulatur: *quod ex testamento mihi debes, dare spondes?* incertum in obligationem deducit, licet Sejus certum debeat, vel ex testamento certum debeatur.

Diese Formeln stehn hiernach in augenscheinlichem Zusammenhang mit den der Klagformel nachgebildeten formulis incertis, und verdanken gerade ihrer Fassung als bloß relative Stipulationen ihren liberatorischen Effect.

Für unsere moderne Vorstellungsweise ist es allerdings höchst befremdlich, daß bei einer activen oder passiven Uebertragung einer bestehenden Obligation der Inhalt derselben in dem Formular des Geschäfts gar nicht zum Ausdruck kam. Derselbe Fall trat aber der Regel nach auch bei der römischen fidejussio und der älteren sponsio und fidepromissio ein. Die Formeln für diese Rechtsgeschäfte lauteten: *idem spondes? idem fidepromittis? idem* (oder *id*) *fide tua esse jubes?* oder in freierer Fassung der adpromissio: *idem promittis? idem dabis? idem facies?* Gaj. III. §. 116. l. 75. §. 6. i. f. de V. O. (45,1) l. 16. pr. de fidejussoribus (46,1). Und zwar wurden diese Formeln nicht nur dann gebraucht, wenn die accessorische Verbindlichkeit mit der Hauptobligation gleichzeitig, sondern auch, wenn sie später übernommen

6) Vergl. auch l. 20. de V. O. (45,1), wo jedenfalls die Lesart quod mihi Titius debet, nicht tibi, die richtige ist.

7) Die einzige Stelle welche dagegen angeführt werden könnte, l. 8. §. 4. h. t. macht offenbar keinen Anspruch auf genaue Wiedergabe der Stipulationsformel, welche für denselben Fall präciser in l. 26. 32. h. t. enthalten ist.

wurde. Zur Feſtſtellung des Objects diente dann eine feierliche praedictio, von welcher uns Gaj. III. §. 123. berichtet:

> Praeterea lege .... cautum est, ut is qui sponsores aut fidepromissores accipiat, *praedicat palam et declaret, de qua re satis accipiat* et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit.

Der zweite Theil dieſer praedictio bezog ſich auf das beneficium legis Furiae, der erſtere gehört hierher. Die geſetzliche Regelung derſelben beſchränkte ſich, wie wir durch Gajus (§. 123. cit. i. f.) weiter erfahren, auf die älteren Bürgſchaftsformen; bei der fidejussio beruhte ſie auf allgemeiner Gewohnheit. Wir dürfen daher annehmen, daß dieſes oder ein ähnliches Auskunftsmittel auch bei Succeſſionen, namentlich der aus dem Geſichtspunkt der Interceſſion verwandten Paſſivſucceſſion Anwendung gefunden hat.

Der herrſchenden Lehre fehlt faſt überall die richtige Erkenntniß des ſtreng formellen Charakters aller dieſer Rechtsgeſchäfte im älteren römiſchen Recht. Die Correalverbindlichkeit, ſowohl die acceſſoriſche, als die principale, theilen mit der Novation die nothwendige Vorausſetzung der Identität zwiſchen dem Object beider Obligationen. Aber dieſe Identität kam bei beiden Inſtituten in verſchiedener Geſtalt zur äußeren Erſcheinung. Die Abgrenzung war urſprünglich ſtets in der feſten, formularmäßig gehandhabten Conſtruction der Stipulation erkennbar. Im älteren Recht lebt hier überall eine ſichere juriſtiſche Technik, welche in der ſpäteren Periode der Entwickelung allerdings verloren gegangen iſt. Es iſt daher noch für das Zeitalter des Gajus durchaus unrichtig, was z. B. Ribbentrop[8]) behauptet:

> Beide Stipulationen können als ganz ſeparirt erſcheinen, und es iſt die auf eine Correalobligation gerichtete Abſicht der Partheien, welche auf der einen Seite die Novation, auf der anderen das Verhältniß von Hauptobligation und Bürgſchaft oder adstipulatio ausſchließt.

Die Unterſcheidung der principalen von der acceſſoriſchen Correalverbindlichkeit intereſſirt uns hier zwar nicht direct; es wird aber auch für unſeren Gegenſtand dienlich ſein, an die Aeußerlichkeit derſelben zu erinnern.[9]) Principale Correalverbindlichkeit konnte nur bei gleichzeitigem Handeln beider correi zu Stande kommen. Handelt es ſich um active Correalität, ſo erfolgte zuerſt die interrogatio ſämmtlicher correi credendi, dann eine einzige responsio des Promittenten.

l. 28. §. 2. de stipulatione servorum (45,3).

8) Die Lehre von den Correalobligationen S. 114.

9) Vergl. hierüber ſchon Liebe, Stipulation S. 215 folg. Kuntze, Obligation und Singularſucceſſion §. 41.

Wenn der Promittent jedem Einzelnen antwortete, entſtand kein principales Correalverhältniß.

pr. inst. de duobus reis (3,17).

Vielmehr war der zweite Stipulant, wenn er gefragt hatte: *idem dari spondes*, nur adstipulator.

Gaj. III. §. 112.

Umgekehrt ging bei dem paſſiven Correalverhältniß die Frage des Stipulanten an ſämmtliche correi debendi: *Maevi quinque aureos dare spondes? Sei eosdem quinque aureos dare spondes?* deren Antworten voraus. Ob gefragt wurde: *spondetis?* oder *spondes?* — geantwortet wurde *spondeo?* oder *spondemus?* — simul spondeant an separatim promittant — war gleichgültig.

pr. inst cit., l. 3. pr., l. 4. de duobus reis (45,2).

Zwiſchen die *responsa* konnte ein modicum intervallum oder auch ein modicus actus, qui modo contrarius obligationi non sit, eingeſchoben werden.

l. 6. §. 3., l. 12. pr. eod.

Wenn aber der eine Promittent zuerſt antwortete, und dann erſt der andere gefragt wurde: *idem spondes?* ſo war dieſer nur sponsor, alſo nur acceſſoriſch verpflichtet, genoß die beneficia legis Furiae, Apulejae, Corneliae u. ſ. w.

Gaj. III. §. 116. sq.

Bei ungleichzeitigem Handeln konnte überhaupt nur acceſſoriſche Verbindlichkeit entſtehen.

Der Unterſchied liegt alſo hier nur in der verſchiedenen Reihefolge von Frage und Antwort. Dagegen wurde die Grenze zwiſchen Correalobligation und Novation in der Abfaſſung der Stipulationsformel ſelbſt erkennbar. Am ſubtilſten war dieſe Unterſcheidung bei der Novation durch stipulatio certi, die wir ſpäter näher kennen lernen werden. Z. B. *Eundem fundum Cornelianum dare spondes?* war eine Correalſtipulation; dieſelbe Formel ohne den Zuſatz eundem war eine Novationsſtipulation. Deutlicher war die Grenze gegen die Novation durch stipulatio incerti, bei deren Betrachtung wir jetzt zunächſt ſtehen. Die reine fidejussio war immer eine stipulatio certi, ſofern nur die Hauptobligation auf ein certum ging.

l. 75. §. 6. i. f. de V. O. (45,1).

Die Identität des Objects wurde bei der fidejussio durch eine demonſtrative Formel *(idem, id)* bei der novatio durch eine relative Formel *(quod debes)* wiedergegeben. Bei freierer Behandlung der fidejussio in ſpäterer Zeit wurden allerdings auch stipulationes incerti in relativer Faſſung zu Fidejuſſionsformeln verwendet. Der wichtigſte Fall dieſer Art war die ſogenannte Indemnitätsbürgſchaft, welche nach Pan-

bettenrecht (vor dem beneficium excussionis der nov. 4.) dazu diente, die Haftung des Bürgen von der vorgängigen Ausklagung des Hauptschuldners abhängig zu machen. Die Formel dafür lautete:

quanto minus a Titio consequi potero, dare spondes? l. 42. pr. de rebus creditis (12,1), l. 116. de V. O. (45,1), l. 21. de solutionibus (46,3).

quanto minus a debitore exegero tantum fidejubes? l. 6. pr. h. t.

quod a curatore servari non poterit l. 41. pr. de fidejussoribus (46,1).

quanto minus ex pretio pignoris distracti servari poterit l. 52. pr. eod.

Da der Inhalt dieser Stipulationen in futurum gestellt war, wurden sie als bedingte behandelt, ähnlich wie die Formel

si reus quadraginta quae ei credidi non solverit, fide tua esse jubes? l. 16. §. 6. de fidejussoribus (46,1).

Erst mit der excussio des Hauptschuldners wurde die neue Verbindlichkeit existent.

l. 116. cit. de V. O. (45,1).

Die accessorische Natur derselben liegt für unsere Auffassung so auf der Hand, daß wir in der That den Zweifel kaum begreifen, der zu der Entscheidung Ulpians Veranlassung geben konnte:

l. 6. pr. h. t. Si ita fuero stipulatus: *quanto minus a Titio debitore exegero, tantum fidejubes?* non fit novatio, quia non hoc agitur ut novetur.

Offenbar gründete sich derselbe aber eben auf die den Novationsformeln angenäherte Fassung der Stipulation.

Ein anderer Fall einer relativen Stipulation zum Zwecke der fidejussio[10]) war folgende Formel, mittelst deren man Jemandem, modern ausgedrückt, einen Blancocredit eröffnete:

quantam pecuniam credidero, fide tua esse jubes? l. 132. §. 1. de V. O. (45,1), l. 47. §. 1. de fidejussoribus (46,1), l. 13. §. 9. de acceptilatione (46,4).

quantam pecuniam Titio, quandoque credidero, dare spondes? l. 55. de fidejussoribus (46,1).

Auch diese Stipulation wird überall als eine accessorische aufgefaßt[11]); dagegen ist es sehr bemerkenswerth, daß eine andere ihr offenbar ganz nahe stehende Formel für novirend erklärt wird:

10) Man vergleiche im Uebrigen noch die interessante Formel in l. 54. pr. locati (19,2), in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes? ferner l. 44. de fidejussoribus (46,1), l. 122. §. 4. de V. O. (45,1).

11) In Bezug auf die letzte Stelle ist Liebe anderer Ansicht (Stipulation S. 212, Note 1) aber gewiß mit Unrecht.

l. 8. §. 2. h. t. Si quis ita stipulatus a Sejo sit: *quod a Titio stipulatus fuero, dare spondes?* an, si postea a Titio stipulatus sit, fiat novatio, soluseque teneatur Sejus? Et ait Celsus, novationem fieri; nam eodem tempore et impleri prioris stipulationis conditionem, et novari ait, eoque jure utimur.[12])

Der feine Unterſchied beſteht hier darin, daß quantam pecuniam credidero als bloße Umſchreibung der Summe des künftigen Darlehns,[13]) quod stipulatus fuero als Bezugnahme auf die künftig zu contrahirende Schuld gedeutet wurde, alſo als das charakteriſtiſche Element der Novationsformel.

§. 30. Die Stipulation: rem aliquam dari.

Ich wende mich jetzt zu der zweiten Gattung von Novationsformeln, nämlich denen, welche eine stipulatio certi enthalten, und der certa intentio der Klagformeln parallel gehen. Eine ſolche certa intentio gab es bekanntlich bei zwei verſchiedenen Arten von Klagen, nämlich:

1) der eigentlichen condictio certi: si paret A. Agerium N. Negidio decem millia dare oportere, decem millia condemna; si non paret absolve,
2) der condictio auf dare einer certa res:
si paret A. Agerium N. Negidio fundum Cornelianum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam condemna; si non paret absolve.

Für die letztere Art von Klagen hatten die Römer keinen eigentlichen technischen Ausdruck, denn in der condictio triticaria war zugleich die condictio incerti mit einbegriffen. Beide Klagen hatten eine certa intentio und waren stricti juris (condictiones), ſie unterſchieden ſich aber ſchon in der Formel durch die Faſſung der condemnatio, welche bei der erſteren eine certa, bei der letzteren eine incerta war (quanti ea res est). An die ſonſtigen Unterſchiede zwiſchen beiden (in Bezug auf plus petitio, Acceſſionen der Forderung, die eigenthümliche sponsio tertiae partis bei der condictio certi u. ſ. w.) braucht hier nur im Allgemeinen erinnert zu werden.

12) Hier muß man ſich alſo den Titius nur als Agenten des Sejus, ohne Selbſtbaftung, accreditirt denken, ſo daß es ſich materiell um eine Vollmacht handelt. Es bedurfte ſolcher Umwege, weil die Stipulation unter Abweſenden weder direct noch durch Stellvertreter geſchloſſen werden konnte.

13) Aehnliche Umſchreibungen kommen vor in l. 18. §. 3. de stipulatione servorum (45,3), l. 20. §. 1. eod., l. 50. §. 1. de V. O. (45,1).

Ich will die Unterſuchung zunächſt auf die Formel der letzteren Art, und die ihr entſprechende Stipulationsformel *rem aliquam dari?* beſchränken. Dare heißt in dieſer Formel, ſowohl in der Klag-, als in der Stipulationsformel: Uebertragung des Eigenthums[1])

l. 75. §. 10. de V. O. (45,1). Haec stipulatio: *fundum Tusculanum dari?* ostendit se certi esse, continetque *ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo.*

l. 167. pr. de regulis juris (50,17).

weshalb denn auch, wie wir ſchon oben geſehen haben, die Stipulation ungültig war, wenn der Stipulant bereits Eigenthümer der Sache war. Die Stipulation rem dari unterſchied ſich daher ſehr weſentlich von der anderen: rem tradi, vacuam possessionem tradi, welche in faciendo beſtand und deshalb incerti war[2])

l. 28. 75. §. 7. de V. O. (45,1).

Dieſe Stipulationsformel rem aliquam dari hat nun im älteren Recht eben denſelben formell novirenden Erfolg, wie die formulae incertae, welche wir bisher beſprochen haben. D. h. die Novation trat ebenſo wie dort, lediglich in Folge der Faſſung der Stipulation ein. Nur kann von einer Novation hier nur dann die Rede ſein, wenn bereits eine andere gerade auf das dare oportere derſelben certa res gerichtete Obligation vorausging, denn nur mit einer ſolchen hatte die neue Stipulation daſſelbe Object. Die Verbindlichkeit des Verkäufers z. B. auf Uebergabe der verkauften Sache konnte durch eine Stipulation rem dari nicht ohne Weiteres novirt werden. Denn die actio venditi war kein dare oportere, ſondern ein dare facere oportere, welches nur mit der formula incerta: quidquid dare facere oportet ex fide bona wiedergegeben werden konnte. Es ergiebt ſich hieraus, daß die stipulatio certi: rem dari als Novationsformel einen viel eingeſchränkteren Wirkungskreis hatte, als die stipulatio incerti: quidquid dare facere oportet, welche je namentlich in der stipulatio Aquiliana ſich als eine allumfaſſende bewähren mußte. Dagegen war es auf der anderen Seite gleichgültig, auf welchem Rechtsgrunde die frühere Obligation auf dare der ſtipulirten res beruhte. Dies konnte z. B. ein datum ob causam, ein indebitum solutum, oder auch ein Damnationslegat ſein; kurz, die Novation betraf jede Obligation, welche eine condictio mit der Formel si paret illam rem dare oportere erzeugen konnte. Der Hauptfall, der dabei in Betracht kam, war der

1) Vergl. Savigny, Syſtem Bd. V., S. 516, Note i.

2) Die stipulationes in dando hatten im älteren Recht auch ſonſt mancherlei Eigenthümlichkeiten, z. B. daß ſie unbedingt auf die Erben übergingen, auch wenn ſie nicht auf deren Namen ausdrücklich geſtellt waren. c. 13. de contrahenda et committenda stipulatione (8,38).

einer vorausgegangenen Stipulation über dieselbe Sache, der sich, wie wir gleich sehen werden, noch durch besondere Eigenthümlichkeiten vor den übrigen auszeichnete. Die meisten Stellen, welche von unserer Formel handeln, sprechen daher von einer posterior stipulatio, d. h. sie setzen eine zu novirende Verbalobligation voraus. Hierher gehören

l. 56. §§. 7. 8. de V. O. (45,1) (S. 154, 174),

l. 91. §. 6. eod. (S. 153),

l. 8. pr. h. t. (S. 157).

Allgemeiner sprechen:

l. 72. §. 1. de solutionibus (46,3) (S. 154),

l. 14. pr. h. t. (S. 152, 155),

und speciell unter Voraussetzung einer condictio furtiva:

l. 29. §. 1. de V. O. (45,1) (S. 156).

Da diese Stellen fast alle schon näher besprochen worden sind, so wird es genügen, hier darauf zu verweisen. Keine unter ihnen enthält einen directen Ausspruch der Art, daß die Stipulation *fundum Cornelianum dari*, *hominem dari*, *Stichum dari* u. s. w. als solche einen novirenden Effect hatte. Alle setzen aber einen solchen Einfluß stillschweigend voraus, denn sie beschäftigen sich großentheils mit den Hindernissen, welche den Eintritt einer Novation ausnahmsweise ausschließen konnten; gerade dies war der Gegenstand unserer früheren Betrachtung. Für unseren jetzigen Zweck würde die Uebereinstimmung der angeführten Stellen in ihrer indirecten Beweiskraft vollkommen genügen, auch wenn uns kein ergänzendes directes Zeugniß erhalten wäre. Wir haben aber in den Digesten noch eine Stelle, welche von der fraglichen Stipulationsformel ex professo handelt, und welche um so mehr einer näheren Betrachtung bedarf, als diese ihre charakteristische Beziehung bisher gänzlich übersehen worden ist. Ich meine:

l. 31. h. t. Si *rem aliquam dari* stipulatus sim, deinde eandem sub conditione novandi animo ab eodem stipuler, manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi locus sit. —

Ich übergehe den bereits oben (S. 153) besprochenen ferneren Inhalt des principium. Hier interessirt uns besonders

§. 1. Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat, et quid juris unusquisque sibi acquisierit? —

und später:

Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit (cum id specialiter agit)[3]), eo magis quam *eam stipulationem similem esse*

3) Die eingeklammerten Worte cum id specialiter agit sind jedenfalls mit Rücksicht auf c. 8. h. t. interpolirt, und müssen zum richtigen Verständniß der Stelle für das ältere Recht fortgedacht werden.

solutioni existimemus; alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem, isque ab eo stipulatus fuerit? aut mulier *fundum* jusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi doti *eum* promiserit? nam debitor ab utroque liberabitur.

Die Stelle ist aus Venulejus libro III. *stipulationum* entnommen; schon der Titel dieses Werkes im Gegensatz zu dem gewöhnlicheren: de verborum obligationibus läßt vermuthen, daß der Jurist die Wirksamkeit der einzelnen verschiedenen Stipulationsformeln zu erläutern sich zur besonderen Aufgabe gestellt hatte; stipulationes ist der technische Ausdruck für Stipulationsformeln. Wenn also der Jurist beginnt: Si *rem aliquam dari* stipulatus sim, so dürfen wir von vorn herein annehmen, daß die ganze hier folgende Betrachtung gerade dieser Stipulationsformel gewidmet ist. Daß diese Vermuthung nicht bloß in Bezug auf das principium, sondern auch den §. 1. der Stelle zutrifft, ergiebt sich unzweifelhaft aus dem Schlusse desselben, in welchem zweimal hintereinander ein fundus als Gegenstand der Stipulation genannt wird.[4]) Wenn man diesen Zusammenhang der Stelle als eines Ganzen richtig ins Auge faßt, so gewinnt namentlich der Satz: *eam stipulationem* similem esse solutioni existimamus eine ganz andere Bedeutung, als man ihm bisher beigelegt hat. Es stipulatio ist nämlich nicht auf die Novation im Allgemeinen, sondern auf die speciell in Rede stehende Formel rem aliquam dari zu beziehen. Diese Stipulation hat dieselbe Wirkung, wie eine effective Leistung der versprochenen Sache; sie ist unbedingt liberatorisch in Bezug auf jede vorangegangene Obligation auf dasselbe Object. Damit haben wir also eine directe Bestätigung des Satzes, von welchem unsere Betrachtung ausging. Dieselbe Zusammenstellung mit der Zahlung findet sich in

l. 56. §. 7. de V. O. (45,1). Si a te stipulatus fuero fundum Sempronianum, deinde eundem fundum detracto usufructu ab alio stipuler, *prior stipulatio non novabitur, quia nec solvendo fundum detracto usufructu liberaberis.*

Warum gerade die Formel rem dari noch mehr als andere Novationsformeln der Zahlung vergleichbar ist, werden wir später sehen. Daß die liberatorische Wirkung in allen Fällen eintrat, ergeben die am Schluß

4) Dieser fundus ist den bisherigen Interpreten so anstößig gewesen, daß Huschke unter allgemeinem Beifall versucht hat, ihn durch eine Reihe sonst gar nicht gebotener Conjecturen zu beseitigen. Er will nämlich statt fundum eundem (debitorem communem) und statt eum debitum lesen. Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Neue Folge, Bd. II., S. 153 folg. Vergl. Savigny Obligationenrecht, Bd. I., S. 166, Note k. Rückert, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Neue Folge, Bd. XII., S. 43. Arndts Pandekten §. 268., Note 6; dagegen Vangerow Pandekten, Bd. III., §. 573., Anm. 5, Anm. 2.

der l. 31. cit. h. t. angeführten Beispiele, mit welchen sämmtliche verschiedenen Formen der Novation erschöpft werden, nämlich:

1) Si unus (reus stipulandi) ab aliquo stipuletur — Eintritt eines neuen Schuldners,
2) si unus delegaverit creditori suo communem debitorem isque ab eo stipulatus sit — Eintritt eines neuen Gläubigers durch Delegation solvèndi causa,
3) si mulier (rea stipulandi) fundum jusserit doti promittere viro — Dasselbe durch Delegation dotis causa,
4) si nuptura (debitrix) ipsi (reo stipulandi) doti eum (fundum) promiserit — Novation unter denselben Partheien.[5])

Ich habe schon vorhin auf die Besonderheit desjenigen Falles hingedeutet, in welchem die zu novirende Obligation ebenfalls eine Verbalobligation war. Es handelt sich dann um das Verhältniß zweier auf einander folgender gleichlautender Stipulationen auf dieselbe Sache: fundum Cornelianum dare spondes? In einem solchen Falle trat nur dann Novation ein, wenn in posteriore stipulatione *aliquid novi* war. Dieser Satz, welcher früher nur aus den Justinianischen Institutionen und dem Eingange der c. ult. h. t. bekannt war, hat dort den Anschein einer viel umfassenderen Bedeutung angenommen, als ihm nach älterem Recht in der That zukommt. Nachdem wir jetzt in Gajus die Quelle der Institutionenstelle kennen gelernt haben, muß dieselbe bei der Untersuchung des älteren Rechtszustandes ausschließlich zu Grunde gelegt werden. Gajus sagt:

> III. §. 177. Sed si eadem persona sit a qua postea stipuler, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si condicio vel sponsor aut dies adjiciatur aut detrahatur. §. 178. Sed quod de sponsore dixi, non constat: nam diversae scholae auctoribus placuit nihil ad novationem proficere sponsoris adjectionem aut detractionem.

Zuvörderst handelt es sich hier, wie bemerkt, nur um den Fall einer

5) Diesen letzten Fall hat Huschke a. a. O. offenbar mißverstanden, indem er nuptura auf eine Correalgläubigerin, ipsi auf den gemeinschaftlichen Schuldner bezieht. Diese Interpretation hat allerdings den Text der Basiliken für sich: ἢ αὐτῷ τῷ χρεώστῃ μέλλουσα γαμεῖσθαι εἴπῃ αὐτῷ τὸν ἀρρὸν ἔχειν ἐν προικί. Es liegt aber auf der Hand, daß damit eine Novation ganz ausgeschlossen wird, und Huschke muß außer seiner Emendation zu ganz künstlichen Auskunftsmitteln greifen, um überhaupt einen verständlichen Sinn für die Stelle zu retten. Nicht besser ist der Versuch von Rückert a. a. O. S. 45. Durch die im Text gegebene Auslegung erledigen sich dagegen alle Schwierigkeiten, und es ist an und für sich ganz natürlich, ipsi auf das Subject der früheren Sätze zu beziehen, und die nuptura in einem anderen Verhältnisse zu der Obligation zu denken, wie die mulier in dem nächstvorhergehenden Beispiele.

wiederholten Stipulation über daſſelbe Object; nicht um den Fall, wenn die verſprochene Sache aus einem anderen Grunde geſchuldet wurde. Dies ergeben deutlich die Worte si *postea* stipuler, *posterior* stipulatio. Zudem beſtätigt Theophilus ausdrücklich, daß auch im Juſtinianiſchen Rechte nur an dieſen Fall gedacht wurde. Sodann iſt die Regel auf die Novation unter denſelben Partheien eingeſchränkt; eine neue Perſon war ſchon an ſich aliquid novi. Endlich aber muß beſonders hervorgehoben werden, daß ein novum nicht in obligatione, ſondern in stipulatione erfordert wird. Es handelt ſich gar nicht nothwendig um eine materielle Aenderung im Beſtande der Obligation, ſondern wiederum nur um eine ganz äußerliche Verſchiedenheit in der Faſſung der Stipulationsformel. Damit iſt die Beſchränkung des Satzes auf die stipulatio certi gegeben; wurde ſtipulirt: quidquid dare facere oportet, ſo war die Formel eine ganz neue, und dann trat Novation ein, auch wenn der Inhalt der Obligation völlig derſelbe blieb. Wollte man dies nicht annehmen, ſo würden z. B. durch die stipulatio Aquiliana alle vorausgegangenen Verbalobligationen nicht novirt worden ſein, was doch entſchieden in der Abſicht lag. Wäre hier noch eine Aenderung des Inhalts für den Erfolg weſentlich geweſen, ſo wäre ſie ja — etwa durch Hinzufügung eines dies — leicht zu bewerkſtelligen geweſen, und die Römer würden ſich eine derartige Cautel, wenn ſie erforderlich geweſen wäre, gewiß nicht haben entgehen laſſen. Dadurch erklärt ſich auch der Zweifel, den Gajus bei dem Beitritt eines Sponſor zu der zweiten Stipulation erwähnt; in dieſem Fall nämlich war die Stipulation mit dem Hauptſchuldner wirklich gleichlautend mit der früheren, und deshalb konnten die Proculejaner mit Grund eine Novation für ausgeſchloſſen halten.

Gewöhnlich wird das novum in der zweiten Stipulation als einer von denjenigen Umſtänden aufgefaßt, aus welchen die Römer auf die Willensmeinung der Partheien geſchloſſen hätten, die neue Obligation an die Stelle der alten, nicht neben dieſelbe treten zu laſſen, alſo als eine der Präſumtionen für den animus novandi, von welchen in den juſtinianiſchen Inſtitutionen die Rede iſt.[6]) Das Unrichtige dieſer Auffaſſung für das ältere Recht werden wir ſpäter genauer würdigen lernen. Was hier als Gegenſatz der Novation ſupponirt wird, acceſſoriſche Geltung der neuen Obligation neben der alten, war, wie wir ſehen werden, der älteren römiſchen Rechtsentwickelung ganz unbekannt. Die Sache war vielmehr in unſerem Falle die, daß eine zweite Stipulation, wenn ſie nihil novi enthielt, weder einen liberatoriſchen, noch einen obligatoriſchen Effect hatte; ſie war einfach ungültig. Die allgemeinere Regel iſt in l. 18. de V. O. (45,1) enthalten:

6) Z. B. Bähr, Anerkennung S. 56. Girtanner, Stipulation S. 243.

Qui bis idem promittit, ipso jure amplius, quam semel non tenetur.

Entweder: die zweite Stipulation überwog in Folge eines unterſcheidenden Zuſatzes; dann wurde die erſte ipso jure aufgehoben, novirt. Oder: beide Stipulationen waren ejusdem potestatis, dann blieb die erſte als die überwiegende beſtehen, und die zweite war ungültig. Ipso jure non tenetur iſt hier nicht von der materiellen Unwirkſamkeit im ſchließlichen Erfolge, ſondern von dem Mangel einer Klage jure civili zu verſtehen. Es iſt nicht bloß die Verpflichtung des Schuldners auf das Doppelte, ſondern auch die gleichzeitige Schuld deſſelben Objects aus einem doppelten Rechtsgrunde ausgeſchloſſen. Dieſer Sinn der Regel [7]) wird namentlich auch durch die Ausnahme beſtätigt, welche nach l. 25. eod. dann eintritt, wenn die erſte Stipulation mit einer Exception angefochten werden konnte:

Si dari stipuler id quod mihi jam ex stipulatu debeatur, cujus stipulationis nomine exceptione tutus sit promissor, *obligabitur ex posteriore stipulatione*, quia superior quasi nulla sit exceptione obstante.

War die frühere Obligation nicht anfechtbar, ſo müſſen wir e contrario argumentiren: non obligabitur ex posteriore stipulatione. Gleiche Ungültigkeit der zweiten Stipulation trat in gewiſſen Fällen ein, wenn dieſelbe gegen die erſte ein minus enthielt, z. B. einen actus im Verhältniß zum iter, einen usus zum ususfructus. In dieſen Fällen wird ausdrücklich geſagt, es ſei nihil actum. Dagegen war im Verhältniß zu der Stipulation eines fundus die des ususfructus fundi oder des fundus detracto usufructu gültig, aber keine Novationsſtipulation.

l. 56. §. 7., l. 58. [8]) de V. O. (45,1), l. 9. §. 2. h. t.

Dieſe Stellen ſetzen zugleich den nahen Zuſammenhang, in welchem die Gültigkeit der Stipulation zur Novationstheorie der älteren römiſchen Juriſten ſtand, außer Zweifel. Weil die Stipulation civiliter ungültig war, darum konnte ſie nicht noviren, ſondern höchſtens, wie ich ſchon oben bemerkt habe, eine purgatio morae bewirken.

l. 8. pr. h. t. Vergl. oben S. 157.

Zum Schluß muß ich noch auf eine Stelle aufmerkſam machen, deren nahe Beziehung zu der hier abgehandelten Materie ebenfalls bisher gänzlich unbeachtet geblieben iſt, nämlich l. 29. pr. de V. O. (45,1).

7) Die Bedeutung der l. 18. cit. war ſchon in älteſter Zeit Gegenſtand einer vielfach ventilirten Streitfrage. Die Gloſſe verſtand das semel tenetur nur quoad utilitatem, und ließ eine Klage aus beiden Stipulationen zu; dagegen findet ſich die richtige Auffaſſung im Weſentlichen ſchon bei Bartolus und ſeinen Nachfolgern, ebenſo bei Donellus.

8) In dieſer Stelle müſſen wiederum die Schlußworte nisi in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit etc. als augenſcheinlich interpolirt bei der gegenwärtigen Unterſuchung außer Betracht bleiben. Ueber den Satz: sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur nihil agit vergleiche unten §. 42.

Die ganze l. 29. de V. O. — aus dem 46sten Buche von Ulpian's Sabinuscommentar entnommen, also mit den Hauptstellen über die Novation l. 1. 6. 8. h. t. nahe zusammengehörig — hat ebenso wie die l. 31. h. t. die formell novirende Eigenschaft der Stipulation rem dari zum Hauptthema. Eam stipulationem similem esse solutioni ist der Grundgedanke, mit dem sich der Jurist offenbar in einer zusammenhängenden Erörterung beschäftigt. Das uns erhaltene Bruchstück bespricht nur die Ausnahmen von der Regel, welche wir als vorausgegangen ergänzen müssen. Der bereits (S. 156) erwähnte §. 1. behandelt den Fall: si a fure *hominem* sim stipulatus, also eine stipulatio certae rei, welche um deswillen ungültig ist, weil die versprochene Sache bereits im Eigenthum des Stipulanten war; in dem principium ist von unserem Falle zweier gleichlautenden Stipulationen zwischen denselben Partheien die Rede. Und zwar heißt es daselbst:

> Scire debemus, in stipulationibus tot esse stipulationes quot summae sunt, totque esse stipulationes quot species sunt. Secundum quod evenit, ut mixta una summa vel specie, quae non fuit in praecedente stipulatione, non fiat novatio, sed efficiat duas esse stipulationes.

Der Gedankengang ist hier folgender: Jemand stipulirt zuerst: Stichum dari spondes? und nachher Stichum et centum dari spondes? Wie verhalten sich beide Stipulationen zu einander? Man könnte annehmen, daß Novation einträte, weil in posteriore stipulatione aliquid novi ist. Das wäre aber falsch, denn die zweite Obligation ist theilbar; sie muß aufgelöst werden in die beiden Bestandtheile: Stichum dari und centum dari. Der erste Theil ist mit der früheren Stipulation gleichlautend, also weder liberatorisch noch obligatorisch wirksam; der zweite Theil bleibt als eine selbstständige Stipulation bestehen. Dies und nichts weiter wird mit den Worten ausgedrückt: non fit novatio, sed efficit duas esse *stipulationes*; es ist nicht etwa an duae *obligationes* im Sinne der l. 2. h. t. zu denken. Der Satz tot stipulationes quot res, welchen Ulpian an die Spitze stellt, war eine mehrfach [9]) wiederkehrende Parömie, in welcher der Grundsatz der Theilbarkeit von Stipulationsformeln, welche sich auf mehrere speciell ausgedrückte Objekte [10]) bezogen, ausgesprochen zu werden pflegte. Res dient hier zur Bezeichnung desjenigen Objects, auf welchen sich der Umfang einer Novationsstipulation, und ebenso auch einer consumirenden Klagformel erstreckte. [11])

9) l. 75. §. 9. l. 86. 140. pr. §. 1. de V. O. (45,1). Vergl. auch l. 1. §. 5. eod.

10) Dies ergiebt sich aus l. 86. cit. und der ausführlichen Erläuterung im Fortgange der l. 29. pr. de V. O.

11) Das Letztere zeigt eine Vergleichung von l. 75. §. 9. de V. O. mit c. 1. de judiciis (3,1) und l. 8. de eo quod certo loco (13,4).

§. 31. Die stipulatio certae pecuniae. Parallelismus der Klagformeln. Aufnahme der causa in die Formel.

Ich habe bisher die Novation durch die formula incerti: quidquid dare facere oportet (§. 29.) und durch die formula certa: *rem* dari (§. 30.) erörtert. Der natürliche Gang der Darstellung würde nun zu der stipulatio certae pecuniae führen, entsprechend der intentio der condictio certi si paret *centum dare* oportere. Damit wäre denn die Zahl derjenigen Stipulationsformeln, welche als Nachbildung einer Klagformel aufgefaßt werden können, erschöpft.

Eine genauere Erwägung wird uns aber sogleich zu der Ueberzeugung führen, daß die Stipulationsformel *centum dari* spondes? einer formell novirenden Kraft, wie wir sie bisher an den übrigen Novationsformeln kennen gelernt haben, ihrer Natur nach unfähig ist. Wir sind davon ausgegangen (§. 28.), daß das wesentlichste Erforderniß für das Zustandekommen einer Novation die Identität zwischen dem Object der früheren und der Novationsstipulation ist. Wir haben sodann als das charakteristische Element des älteren Rechts kennen gelernt, daß diese Identität in der Construction der Stipulationsformel zur äußeren Erscheinung kommen mußte. Bei der formula incerta geschah dies durch ausdrückliche Bezugnahme auf das Object der früheren Obligation als solches: quidquid dare facere oportet. Bei der Stipulation rem dari wird eine solche Bezugnahme dadurch überflüssig gemacht, daß ihr Object als eine species sich durch seine bloße Bezeichnung als identisch mit dem dare oportere derselben certa res ankündigt. Bei der Stipulation centum dari verlassen uns beide Wege, um uns von der Identität des Objects mit einem gleichartigen anderen zu überzeugen. Centum aurei haben nur eine generische Bedeutung; sie sind ein reines Abstractum, welches durch nichts an andere centum aurei erinnert. Es fehlt also hier gerade gänzlich an der äußeren greifbaren Bestimmung des Stipulationsobjects, vermöge dessen die Stipulation einen consumirenden Einfluß auf eine vorausgehende Schuld ausüben konnte.

Die Frage nach der Wirksamkeit der stipulatio certae pecuniae ist auch zu einem großen Theile bereits durch unsere frühere Untersuchung über die reine Delegation beantwortet. Wir haben dort gesehen, daß im Verhältniß zu einer dritten Person dergleichen Stipulationen von den Römern nicht als Novationsstipulationen, sondern als ein dem baaren Gelde gleichstehendes Zahlungsmittel behandelt wurden. Es bleibt nun allerdings an und für sich die Frage offen, wie wir uns ihre Wirksamkeit in dem Falle zu denken haben, wenn sie an die Stelle einer unter denselben Partheien bestehenden Obligation zu treten bestimmt

waren. Wenn also z. B. der Verkäufer von dem Käufer stipulirte: centum dari spondes? in der Absicht, diese hundert an Stelle des Kaufpreises treten zu lassen, aber ohne irgend eine Bezugnahme auf das Kaufgeschäft, welchen Einfluß hatte diese Stipulation auf die Fortdauer der Obligation ex vendito? Eine directe Antwort auf diese Frage können wir aus unseren Quellen nicht entnehmen; es sprechen aber überwiegende Gründe dafür, das Resultat, welches wir für die Stipulation von einem Dritten gefunden haben, auch auf diesen Fall auszudehnen. Was zunächst den Gesichtspunkt einer Novation im Sinne des älteren Rechts betrifft, so muß dieser gewiß aufgegeben werden; zu den eben erwogenen Gründen kommt hier noch der hinzu, daß wir bei den Novationsformeln bisher überall eine gleichmäßige Anwendung auf die novatio simplex und die Novation mit Personenwechsel wahrgenommen haben. Es wäre eine undenkbare Anomalie, daß die stipulatio certae pecuniae in dem einen Falle als novirend gegolten hätte, in dem anderen nicht. Nun könnte man sich die Sache allenfalls noch so denken, daß die frühere Obligation, in unserem Beispiele also die actio venditi, an sich fortbestanden hätte, und nur durch eine exceptio doli entkräftet worden wäre. Dies würde aber wenigstens jure civili eine Concurrenz beider Klagen auf dasselbe Object voraussetzen, welche gerade dem älteren Recht fremd ist. Es bleibt also kaum eine andere Vorstellung übrig, als die einer Tilgung ipso jure nach Art einer wirklichen Zahlung. Wir müssen uns den schon für die Stipulation einer certa res angewendeten Satz: eam stipulationem similem esse solutioni, auf die Stipulation einer certa pecunia in einem noch prägnanteren Sinne ausgedehnt denken. Dafür spricht ganz besonders noch die Analogie des Litteralcontracts, die wir schon bei der Delegation so entscheidend gefunden haben. Wie wir es dort mit der transcriptio a persona in personam zu thun hatten, so bildet für unseren Fall die transcriptio a re in personam das parallele Glied der Litteralobligation. Wenn der Verkäufer dem Käufer den Kaufpreis mit hundert expensoferirte, so mußte, wie wir früher gesehen haben, dem abstracten Posten im expensum ein durch Bezugnahme auf das Kaufgeschäft specialisirter Posten im acceptum entsprechen. Das Kaufgeld als solches war also durch diese Operation bezahlt; die Transcription von der einen auf die andere Seite repräsentirte eben ein Hin- und Herzahlen, einerseits eine solutio, andererseits ein neues creditum. Das neue nomen war nicht mehr Kaufgeld, sondern ein fingirtes Darlehn, welches dem baaren Gelde gleichgestellt war.

Wir sind hiernach für die Stipulationsformel centum dari spondes? zu einem von unseren bisherigen Resultaten abweichenden Schlusse gelangt. Wir können ihr nicht mehr wie der formula incerta: quid-

quid dare facere oportet, und der Stipulation rem dari eine von Hause aus consumirende Kraft beilegen. Dem gegenüber drängt sich nun sogleich die Frage auf: wie verhielt sich denn dieselbe Formel in ihrer Verwendung zur intentio einer Klage: si paret centum dare oportere, die doch bei der condictio certi unzweifelhaft vorkam. Dieselben Gründe, welche ihrer den übrigen Formeln ähnlichen Wirkung bei der Novation entgegenstehen, treffen sie offenbar auch in Betreff der processualischen Consumtion. Wenn diese ebenso wie die Novation von einer bestimmten Formel abhängig war, welche die Identität des condemnari oportere mit dem vorangegangenen dare oder dare facere oportere zur äußerlichen Erscheinung brachte, woran konnte diese Identität bei einer Formel von bloß generischer Bedeutung erkennbar werden? Wir sind durch diese Frage genöthigt, auf den Parallelismus zwischen Novation und Litiscontestation, den wir bisher nur in der äußeren Gestalt der Formeln verfolgt haben, noch in einem anderen Sinne näher einzugehen.

Ich habe schon oben (S. 144) angedeutet, daß nach der Schilderung des Gajus die processualische Consumtion im Allgemeinen als eine ebenso formelle, von dem Willen der Partheien unabhängige Nothwendigkeit eintrat, wie wir dies in den bisher betrachteten Fällen von der Novation gesehen haben. Diese Anschauung liegt auch noch in späteren Zeugnissen klar zu Tage, wo der Grundsatz bereits zu Gunsten einer auf materielleren Rücksichten beruhenden aequitas durchbrochen ist:

> l. 32. pr. de peculio (15,1). Sed licet hoc *jure contingat*, tamen aequitas dictat, judicium in eos dari, qui *occasione juris liberantur*, ut magis eos perceptio quam intentio liberet.

Am Schlusse dieser Stelle ist auch die Verkörperung dieser formell consumirenden Kraft in der intentio der Klage angedeutet, welche ebenso formelle Schutzmittel nöthig machte, wenn die Wirkung mit der Absicht der Partheien in Widerspruch trat. Bekanntlich berichtet uns Gajus von den zu diesem Zwecke verwendeten sehr charakteristischen praescriptiones pro actore. Dies waren eigenthümliche Zusätze zu der Klagformel, vermittelst deren der Consumtionswirkung gegenüber gewisse Vorbehalte gemacht werden konnten. Hierbei muß indessen gleich hervorgehoben werden, daß die von Gajus erwähnten Beispiele solcher Vorbehalte nur bei der formula incerta vorkommen.

> Gaj. IV. §. 131. — Si velimus id quidem quod praestari oportet petere et in judicium deducere, futuram vero obligationis praestationem in incerto relinquere, necesse est ut cum hac praescriptione agamus: *ea res agatur, cujus rei dies fuit;* alioquin si sine hac praescriptione

egerimus, *ea scilicet formula qua incertum petimus*, cujus intentio his verbis concepta est: *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet*, totam obligationem id est etiam futuram in hoc judicium deducimus.

und ſpäter: — totius illius juris obligatio *illa incerta actione: quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet, per intentionem consumitur.* —

Wenn wir alſo bei der formula incerta ſtehen bleiben, ſo haben wir allerdings zwiſchen Stipulation und Klagformel ſowohl in der äußeren Geſtalt als in der Wirkung volle Uebereinſtimmung. Dagegen iſt dieſe ſchon nicht mehr vorhanden, wenn wir zu der Formel rem dari übergehen.

Nach Pandektenrecht iſt es nämlich unzweifelhaft, daß durch eine Klage mit der intentio: si paret rem dare oportere nicht jede Obligation auf eandem rem dare conſumirt wurde. Es konnten zwiſchen denſelben Partheien mehrere auf verſchiedenen Rechtsgründen beruhende Obligationen auf das Geben derſelben Sache neben einander beſtehen, ohne daß die eine durch die Verfolgung der anderen afficirt wurde. Es wurde alſo bei der Klagformel dieſer Art, anders als bei der Stipulationsformel, auf den Entſtehungsgrund der Obligation Rückſicht genommen. Wir haben dafür hauptſächlich folgende Zeugniſſe:

l. 14. §. 2. de exceptione rei judicatae (44,2). Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur; at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur, neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest.

l. 18. de O. et A. (44,7). Si is qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres exstiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur, si ex testamento Stichum petierit, non consumet stipulationem; et contra, si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit, quia initio ita constiterint hae duae obligationes, ut altera in judicium deducta, altera nihilo minus integra remaneret.[1])

1) Vergl. auch l. 159. de reg. juris (50,17). Nicht hierher gehört l. 10. de actionibus emti (19,1), wo von concurrirenden Kaufklagen, alſo Klagen mit formula incerta, die Rede iſt. — Nur eine ſcheinbare Ausnahme bildet der Fall, wo eigentliche Correalobligationen durch Erbgang in derſelben Perſon vereinigt wurden, denn dieſe beruhen auf derſelben causa, und wurden deshalb durch eine petitio conſumirt. l. 5. i. f. de

Hiermit stimmt auch die Darstellung des Gajus überein:

> Gaj. IV. §. 55. Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari eumque ex integro agere posse — si is qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit, aut *si quis ex testamento dare sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur.*

Aus dieser letzten Stelle geht nun aber hervor, daß doch auch hier die Fassung der Klagformel auf die Consumtion von Einfluß war, denn Gajus macht das Fortbestehen der actio ex stipulatu ganz deutlich davon abhängig, daß der Zusatz ex testamento in der intentio stand. Wir müssen also annehmen, daß eine solche Fassung der Formel, expressa causa, bei den actiones in personam die Regel bildete, während sie bei den actiones in rem nach der ersten der obigen Stellen nur facultativ war. In diesem Umstande dürfen wir den eigentlichen Grund für die verschiedene Wirkung beider Arten von Klagen suchen, während der Grund des Paulus: neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest zwar an sich richtig, aber nicht für die Entscheidung maßgebend ist. Denn es ist ebenso gewiß richtig, daß das Eigenthum einer Sache so gut wie das rem dare oportere auf mehreren causae beruhen konnte; weshalb denn auch die in rem actio so gut wie die actio in personam sämmtliche causae ergriff, wenn wenig expressa causa geklagt war.

Nun ist es aber nach anderen Thatsachen wahrscheinlich, daß die Aufnahme der causa debendi in die intentio der Klagformel auch bei den actiones in personam nicht immer die Regel gebildet hat. Wenigstens können wir mit Bestimmtheit ein Beispiel nachweisen, in welchem eine solche Klage non adjecta causa angestellt worden ist, nämlich den Proceß des Schauspielers Roscius. Gegen diesen war mit der condictio certi geklagt; gleichwohl richtet Cicero sein Plaidoyer vor dem judex gegen alle möglichen Entstehungsgründe einer solchen Klage, numeratio, expensilatio und stipulatio gleichzeitig.[2]) Wenn

fidejussoribus (46,1). War die eine principaler, die andere accessorischer Natur, so wurde die letztere schon durch confusio zerstört. l. 13. de duobus reis (45,2). l. 93. de solutionibus (46,3). Auch durch Perception des Objects aus einem Obligationsgrunde wurde die Klage aus dem anderen im Allgemeinen nicht zerstört. Eine Ausnahme macht nur der concursus causarum lucrativarum.

2) Cic. pro Rosc. com. c. 4. 5. Die Aeußerung von *Quinctilian* de inst. orat. IV., 2,8: Satis est dixisse: certam creditam pecuniam peto ex stipulatione, legatum peto ex testamento. Diversae partis expositio est, cur ea nondum debeantur — auf die Formelfassung zu beziehen, halte ich mit Schlesinger (Zur Lehre von den Formalcontracten S. 22 Note 13) für bedenklich, weil dieselbe wohl eher von der peroratio causae coram judice zu verstehen ist. Vergl. über die Frage im Uebrigen Savigny System Bd. V. S. 609. Heimbach Creditum S. 580 folg.

wir hiernach dieſen Zuſtand als den urſprünglichen annehmen, ſo dürfen wir weiter ſchließen, daß mit der Specialiſirung der Formel auch die Beſchränkung ihrer Conſumtionswirkung wegfiel; daß alſo urſprünglich die actio in personam ebenſo wie ſpäter noch die actio in rem ohne ſpecialiſirte intentio auf alle causae debendi gleichmäßig tilgend wirkte. Zu dieſem Schluſſe wenigſtens für die Klage auf certa res ſind wir ſchon durch die gleichartige Wirkung der Stipulationsformel rem dari, die wir im vorigen Paragraphen kennen gelernt haben, berechtigt. Dieſer Schluß wird aber noch durch einen anderen Umſtand unterſtützt, nämlich durch eine von Cicero zweimal erwähnte Präſcription: de eadem re alio modo.

> Cic. ad fam. XIII., 27. (an Servius) — ut vos soletis in formulis, sic ego in epistolis: *de eadem re alio modo.*
>
> Cic. de finibus V. 29. Quae quum Zeno didicisset a nostris, ut in actionibus praescribi solet, *de eadem re* egit *alio modo.*

Dieſe Formel iſt verſchieden gedeutet worden; gewiß mit Unrecht hält ſie Liebe[3]) für eine praescriptio pro reo; dergleichen kamen allerdings in älterer Zeit, aber auch dort nur ausnahmsweiſe vor (Gaj. IV. §. 133.). Hier iſt offenbar an eine der gewöhnlicheren praescriptiones pro actore zum Schutz gegen die conſumirende Wirkung der Klage zu denken. Dieſe Anſicht hat namentlich Savigny[4]) vertreten, indem er jedoch die fragliche Präſcription auf eine actio in rem bezieht. Einer ſolchen Annahme ſteht die Analogie der bei Gajus (IV. §§. 130. seqq.) aufgeführten Beiſpiele ſolcher Präſcriptionen entgegen; danach ſcheint es vielmehr gewiß, daß dieſe Gattung von Rechtsmitteln ſtets einer directen ipso jure wirkſamen Conſumtion, wie ſie nur bei actiones in personam vorkommen konnte, entgegenzuwirken beſtimmt war. Ich halte es deshalb für das Wahrſcheinlichſte, daß wir die Formel in Rede auf eine actio in personam mit der formula certa: si paret *rem* dare oportere zu beziehen haben. Dann liefert dieſelbe ein poſitives Zeugniß für eine zur Zeit der Pandektenjuriſten unter dem Einfluſſe einer veränderten Conſtruction der intentio bereits verſchwundene Eigenſchaft dieſer Art von Klagen, wonach dieſelben eine Conſumtion aller Anſprüche auf eadem res in demſelben äußerlich beſtimmten Sinne wie bei der Stipulationsformel bewirkten. Wir haben uns den Umfang dieſer Conſumtion nur durch das Object, nicht durch den Entſtehungsgrund der Obligation individualiſirt zu denken. Wer mit der Formel klagte: si paret fundum Cornelianum dare oportere, zerſtörte damit jeden, auch auf anderen Rechtsgründen beruhenden Anſpruch auf das dare

3) Stipulation S. 173.

4) Syſtem Bd. VI. S. 524—526 beſ. Note p.

desselben fundus, wenn er einen solchen nicht durch die erwähnte praescriptio ganz nach Art der analogen Präscriptionen bei der formula incerta vorbehielt.

Die hier vertretene Ansicht kann nach dem Stande unserer Quellen allerdings nur den Werth einer wahrscheinlichen Hypothese beanspruchen. Es wird aber danach erlaubt sein, den im Eingange der Betrachtung hervorgehobenen Unterschied in der Wirkung der Klag- und Stipulationsformel auf eine bloße Ungleichzeitigkeit in der Entwickelung beider Rechtsinstitute zurückzuführen, und dagegen eine ursprüngliche Uebereinstimmung vorauszusetzen.

Nach dieser Zwischenbetrachtung kehre ich zu der Frage zurück, wie sich die Wirksamkeit der Formel centum dari?, deren Object also certa pecunia war, gestaltete. Wenn wir auch hier, wie wir durch das Beispiel der Rede pro Roscio comoedo genöthigt sind, von der Voraussetzung ausgehen, daß der Entstehungsgrund der Forderung in der Formel ursprünglich nicht erwähnt war, so ergiebt sich mit Nothwendigkeit, daß eine consumirende Wirkung dieser Formel in demselben formellen Sinne, wie wir sie bei den bisher betrachteten gefunden haben, nicht möglich war. Das Object reichte hier nicht aus, um die Klage zu individualisiren, weil es eben nur ein generisch, kein speciell bestimmtes war. So weit also in diesem Falle eine directe processualische Consumtion wirklich stattgefunden hat, konnte dieselbe eines materiellen Maßstabes aus einer nicht äußerlich verkörperten Willensrichtung der Partheien nicht entbehren. Unter welchen Regeln diese Beurtheilung des materiellen Inhalts der Klage im älteren Recht gestanden hat, darüber fehlen uns alle Nachrichten; es wäre deshalb ein vollständig vergebliches Unternehmen, sich über die consumirende Wirkung der condictio certi in ihrem ursprünglichen Zustande ein bestimmtes Bild zu machen. Die späteren Pandektenjuristen haben sich mit dem materiellen Maßstabe, von dem ich spreche, bekanntlich eingehend beschäftigt, und ihr durchgreifender Grundsatz geht dahin, daß der Umfang der Consumtion sich nach dem Inhalte der ergangenen Entscheidung richtet, daß eadem res vorhanden ist, quoties eadem quaestio revocatur vel alio genere judicii. Dieser Satz ist aber aus der unter ganz anderen Gesichtspunkten stehenden Entwickelung der exceptio rei judicatae (in ihrer positiven Function nach dem Sprachgebrauche von Keller) hervorgegangen und kann auf den älteren Zustand nicht ohne weiteres zurückbezogen werden. Daß in einer Uebergangsepoche gerade unsere Frage Gegenstand besonderen Zweifels gewesen sein mag, spiegelt sich noch in der Analogie der, offenbar der condictio certi nachgebildeten, prätorischen actio de pecunia constituta wieder:

Vetus fuit dubitatio, an qui hac actione egit, sortis obligationem

consumat? Et tutius est dicere, solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litiscontestatione. l. 18. §. 3. de pecunia constituta (13,5).

Wir müſſen uns hiernach hinſichtlich der Conſumtionswirkung einer Klagformel mit certa intentio darauf beſchränken, zu conſtatiren, daß die entſcheidende Wendung zu der ſpäteren Entwickelung mit der Aufnahme der causa debendi in die Formel eingetreten iſt. Dieſer Umſtand iſt nun auch von gleicher Bedeutung für die ſpätere Geſtaltung der gleichartigen Stipulationsformeln geworden. Die Individualiſirung der Stipulation durch den Stipulationsgrund, die Stipulation adjecta causa, war der erſte Schritt von dem Formalact des alten Civilrechts zu dem materiellen Rechtsgeſchäfte der ſpäteren Periode. Wenn wir auch den urſprünglichen Zuſtand beider Inſtitute in ſeiner Reinheit nicht mehr aufzuhellen vermögen, ſo läßt ſich doch der Parallelismus der Entwickelung auch hier wenigſtens in ihren ſpäteren Phaſen wahrnehmen. Es liegt in der Natur der Sache, daß die der freien Willkür der Partheien anheimfallende Stipulationsformel der unter dem zwingenden Einfluſſe des Prätors ſtehenden Klagformel in ihrer Umbildung vorausgegangen iſt. Dieſe Erwägung macht es erklärlich, daß wir stipulationes certi in völliger Nacktheit kaum mehr als Gegenſtand der Unterſuchung in unſeren Rechtsquellen vorfinden. Wo dergleichen in dem Titel de verborum obligationibus vorkommen, ſind es Schulbeiſpiele, an denen gewiſſe allgemeine Grundſätze erörtert werden, aber nicht mehr dem praktiſchen Leben entnommene Formeln. Wahrſcheinlich der einzige Fall, in welchem stipulationes certae pecuniae in abſtracter Form ſich längere Zeit forterhalten haben, war der der reinen Delegation. Hier lag der Trennung von Formalact und materieller causa die zwingende Nothwendigkeit zu Grunde, daß der eine zwiſchen anderen Perſonen zur Geltung kommen ſollte, wie die andere. Indeſſen hat auch dieſes Geſchäft wahrſcheinlich in ſpäterer Zeit eine andere Form angenommen. [5])

Für den Gegenſtand unſerer jetzigen Unterſuchung, die Novation des älteren Rechts, wird unſere weitere Betrachtung auf die bisher nachgewieſenen zwei Fälle von novirenden Stipulationsformeln beſchränkt bleiben, die formula incerta: quidquid dare facere oportet, und die formula certa in der Anwendung auf eine Species: rem aliquam dari spondes?

§. 32. Der animus novandi.

Der Schwerpunkt der ganzen bisherigen Unterſuchung liegt in dem Satze, daß die Novation in ihrer älteren Geſtalt ein tilgender For-

5) Vergl. unten §. 69.

malact war; d. h. daß der liberatorische Effect derselben auf einer nach gewissen Gesetzen construirten, äußerlichen Gestalt der Stipulationsformel beruhte, ohne daß es dazu neben der Stipulation eines auf die Liberation besonders gerichteten Partheiwillens bedurfte. Nach späterem Recht ist umgekehrt dieser liberatorische Wille das Hauptelement des Instituts, allerdings auch, insofern er in einer Willenserklärung zur äußeren Erscheinung kam, aber ohne daß er sich dabei irgend einer bestimmten Form zu bedienen nöthig hatte.

l. 2. h. t. — dummodo sciamus, novationem ita demum fieri, *si hoc agatur ut novetur obligatio*; —

c. 8. h. t. — Generaliter definimus, *voluntate solum esse, non lege novandum.*

Diese in einer formlosen Erklärung zu Tage tretende liberatorische Willensrichtung bei dem Novationsacte pflegen wir mit dem auch in den Quellen vielfach gebrauchten Ausdrucke *animus novandi* zu bezeichnen. Demgemäß können wir den Gegensatz zwischen altem und neuem Recht auch dahin formuliren: nach jenem bedurfte es keines animus novandi zur Novation, der *animus novandi* als Bedingung der Novation gehört nur dem neueren Recht an.

Diesem Satze steht nun allerdings die übereinstimmende Lehre nicht nur der heutigen Wissenschaft, sondern der Juristen aller Zeiten entgegen, welche den animus novandi von jeher für ein durchaus ursprüngliches Requisit der Novation gehalten haben. Diese Ansicht gründet sich im Wesentlichen nur auf ein Zeugniß, aber freilich auf ein Zeugniß, welches dem ersten Anschein nach nicht bestimmter und ausdrücklicher gedacht werden kann. Justinian nämlich sagt am Schlusse der die Novation behandelnden Institutionenstelle (§. 3. i. f. inst. quibus modis tollitur oblig. 3,30):

Sed quum hoc quidem *inter veteres constabat, tunc fieri novationem, quum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat*, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumtiones alii in aliis casibus introducebant, ideo nostra processit constitutio. —

Müßten wir die Autorität des Kaisers als Historiker ebenso unbedingt anerkennen, wie als Gesetzgeber, so wäre mit dieser Stelle die ganze Frage abgethan. Jedenfalls ist den Rechtslehrern der früheren Zeit kein Vorwurf daraus zu machen, wenn sie sich bei dieser Autorität beruhigt haben. Eine entscheidende Widerlegung derselben ist erst möglich geworden, nachdem wir in den Institutionen des Gajus eine directe Quelle für die Erkenntniß des älteren Rechts gewonnen haben. Der Sinn der kaiserlichen generalis definitio: *voluntate* solum esse non *lege* no-

vandum kann erſt jetzt zum vollen Verſtändniß kommen, wo wir durch Gajus den Zuſtand des lege novari in ſeiner Reinheit kennen gelernt haben.

Vielleicht iſt es nicht überflüſſig, die Darſtellung des Gajus, III. §§. 176—179., welche der ganzen bisherigen Unterſuchung als Hauptgrundlage gedient hat, hier noch einmal im Zuſammenhange zu überblicken.

Er beginnt, wie wir geſehen haben, in §. 176. mit einem Beiſpiel, an welches ſich die dürftige Erläuterung anſchließt

> nam interventu novae personae nova nascitur obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem.

Sodann beſchäftigt ſich der Juriſt mit dem Erforderniß einer stipulatio utilis und dem Detail der dabei in Betracht kommenden Ausnahmen; denſelben Gegenſtand nimmt er in §. 179. wieder auf, um der entgegenſtehenden älteren Lehre des Servius Sulpicius eine eingehende Erwähnung zu widmen. Aus dieſem Paragraphen will ich hier nur auf den einen Satz noch einmal aufmerkſam machen, in welchem der Fortbeſtand einer bedingt novirten Obligation beim Ausfalle der Bedingung, alſo bei wirkungslos gewordener Novationsſtipulation, erläutert wird:

> *et videtur inter eos id actum*, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit condicio.

Dies iſt nämlich die einzige Stelle in dem ganzen Abſchnitte, wo von einer materiellen Willensrichtung der Partheien, von einem actum esse inter partes geſprochen wird. Und gerade hier dient dieſe Willensrichtung nicht zur Stütze der Novation, ſondern ſie kommt im Widerſpruche mit derſelben zur Geltung. Sie bewirkt eine Zerſtörung der früheren Obligation per exceptionem, wiewohl dieſelbe nicht novirt wird. — Es bleiben die beiden zwiſchenſtehenden §§. 177. 178. Von dieſen iſt der erſte allein in die Juſtinianiſchen Inſtitutionen übergegangen; und dort hat er, namentlich wenn man den Eingang zu der c. 8. h. t. vergleicht, allerdings den Anſchein angenommen, als wenn darin von Präſumtionen für den animus novandi die Rede wäre. So wie derſelbe bei Gajus ſteht, iſt zu einer ſolchen Auffaſſung gar keine Veranlaſſung und dieſelbe muß vollends aufgegeben werden, wenn man den §. 178. hinzunimmt:

> placuit nihil *ad novationem proficere* sponsoris adjectionem aut detractionem.

So konnte Gajus unmöglich ſprechen, wenn der Zweifel darin beſtand, ob für die Abſicht der Partheien in der einen oder der anderen Richtung nur präſumirt werden, die wahre Abſicht alſo das eigentlich Entſcheidende ſein ſollte. Vielmehr deutet ſeine Ausdrucksweiſe ebenſo wie die Ulpian's in l. 3. pr. de duobus reis (45,2)

> In duobus reis *frustra timetur novatio.*

entschieden auf einen von dem nebenhergehenden Willen der Partheien unabhängigen, durch die Form des Rechtsgeschäfts selbst bedingten Tilgungsact. Nur in der Voraussetzung eines solchen hat ja auch die stipulatio Aquiliana einen vernünftigen Sinn.

Nun könnte man vielleicht sagen: die Darstellung des Gajus ist nicht erschöpfend, er hat die Lehre vom animus novandi nicht berührt, wie er vieles Andere übergangen hat. Dieses Schweigen wäre allerdings nicht auffallend, wenn es sich um einen unter den Juristen seiner Zeit allbekannten, selbstverständlichen Gegenstand handelte. Wären aber die Präsumtionen für den animus novandi, wie man doch nach der Institutionenstelle annehmen müßte, zur Zeit des Gajus controvers gewesen, und hätte sich um diese Controversen das Hauptinteresse der Lehre gedreht, so wäre deren Uebergehung vollständig unerklärlich. Jeder Leser des Gajus, der dem Maße seiner Behandlungsweise einige Aufmerksamkeit zuwendet, wird schon aus diesem Schweigen den Schluß ziehen, daß er den in den Justinianischen Institutionen geschilderten Rechtszustand der veteres nicht vor sich gehabt hat.

Diese historische Thatsache findet nun auch durch Vergleichung der Pandektenfragmente ihre Bestätigung, bei welcher sich herausstellt, daß die ganze Lehre von dem animus novandi in dem Sinne, wie dieser Ausdruck gewöhnlich verstanden wird, und wie ich ihn im Eingange dieses Paragraphen bestimmt habe, nur den späteren Pandektenjuristen, insbesondere Papinian und seinen Schülern Ulpian und Paulus angehört. Um dies klar zu machen, muß jedoch auf den Sprachgebrauch der Quellen noch etwas näher eingegangen werden.

Der Ausdruck novandi animo oder novandi causa stipulari oder promittere kommt nämlich sehr häufig bei den Römern vor, ohne daß dabei irgendwie an eine besondere Absicht zu noviren gedacht wird. Er ist vielmehr dann nur eine bloße Umschreibung für den Act der Novationsstipulation, für welchen sie, wie ich schon früher bemerkt habe, keine einfache Bezeichnung hatten. Dahin gehören in chronologischer Ordnung die Fragmente folgender Juristen:

Javolenus: l. 76. §. 2. soluto matrimonio (24,3).
Celsus: l. 26. h. t.
Pomponius: l. 24. h. t.
Gajus: l. 13. de SC. Macedoniano (14,6).
Venulejus: l. 31. pr. h. t., l. 21. de acceptilatione (46,4).
Papinian: l. 4. pr. de usuris (22,1).
Ulpian: l. 14. pr. §. 1. h. t., l. 35. de jure dotium (23,3), l. 13. §. 10. de acceptilatione (46,4).
Paulus: l. 22. 30. 32. h. t., l. 60. §. 1. de condictione indebiti (12,6), l. 91. de solutionibus (46,3).

In den meiſten dieſer Stellen kann gar nicht daran gedacht werden, daß dieſelbe Stipulation auch non novandi animo gebraucht werden könne. Wo aber von einem Gegenſatze gegen den animus novandi die Rede iſt, iſt es immer nur die Stipulation in abstracto ohne irgend eine Beziehung auf eine andere zu novirende Obligation. Da dieſer Gegenſatz zur Erläuterung der bloß umſchreibenden Bedeutung des animus novandi beſonders charakteriſtiſch iſt, will ich zwei Stellen, in denen er auf dieſe Weiſe angedeutet iſt, hervorheben. Zuerſt l. 4. de usuris. Hier beſpricht Papinian die Wirkung der Stipulationsformel rem dari, vacuamque possessionem tradi, und zwar zunächſt an und für ſich, ohne alle Beziehung auf eine andere Obligation. Dann fährt er fort:

> Verum si emtor a venditore *novandi animo* ita stipulatus est, —

Das heißt nun weiter nichts als: Wenn dieſelbe Formel als Novationsſtipulation für eine obligatio ex empto gebraucht wird (was allerdings nur bei freierer Behandlung des Novationsbegriffes möglich war). In demſelben Zuſammenhange iſt der Schlußſatz der l. 26. h. t. von Celſus zu verſtehen:

> Fingamus autem ita actum, ut alterutrum daret; nam alioquin utrumque stipulatus videtur, et utrumque novatum, *si novandi animo hoc fiat.*

Der Juriſt hat von der novirenden Wirkung einer alternativen Stipulation geſprochen, und fügt die allgemeinere Bemerkung hinzu, daß dergleichen Formeln unter Umſtänden auch als cumulative Stipulationen gemeint ſein können; dann, ſagt er, wirken ſie auch cumulativ novirend, wenn ſie als Novationsſtipulationen gebraucht werden.

Wo von dem animus novandi als einer ſelbſtſtändigen Willensmanifeſtation die Rede iſt, kann natürlich die Stipulation immer nur in Beziehung auf eine als beſtehend angenommene Obligation über daſſelbe Object gedacht werden, und der Gegenſatz, das non animo novandi stipulari, beſteht dann entweder darin, daß das Schuldobject verdoppelt wird z. B.

> l. 8. §. 5. h. t. Si ab alio promissam sibi dotem maritus ab uxore dotis nomine stipulatus sit, *non duplari dotem, sed fieri novationem placet, si hoc actum est.*

oder daß eine acceſſoriſche Obligation über daſſelbe Object entſteht:

> Quod enim ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, *si novationis causa hoc fiat; si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur* (im Fortgange derſelben Stelle).

Das Letztere hat Ulpian wohl allein im Auge, wo er die neuere Theorie als Regel vorträgt:

l. 2. i. f. h. t. — dummodo sciamus, novationem ita demum fieri, *si hoc agatur, ut novetur obligatio; ceterum si non hoc agatur, duae erunt obligationes.*

Von einem animus novandi in diesem für uns allein in Betracht kommenden Sinne ist, ich wiederhole es, nur in Fragmenten der späteren Pandektenjuristen die Rede, nämlich von

Papinian: l. 28. h. t.

Ulpian: l. 2. 6. pr. 8. §§. 1. 2. 5. h. t. l. 3. pr. de duobus reis (45,2), l. 4. §. 4. de re judicata (42,1).

Paulus: l. 71. pr. pro socio (17,2), l. 91. §. 6. de V. O., (45,1), l. 27. §. 2. de pactis (2,14).

und zwar in der Regel in der alle Zweideutigkeit ausschließenden Umschreibung hoc agitur oder hoc agitur inter partes, ut novetur, womit geradezu auf einen die Stipulation begleitenden, stillschweigenden oder ausdrücklichen, liberatorischen Vertrag hingedeutet wird. In denselben Zusammenhang gehört der Ausdruck der c. 3. i. f. h. t. von Gordian aus dem Jahre 239: voluntate novationis interposita.

In diesem Verzeichnisse von Quellenstellen habe ich allerdings einige, und zwar auch solche Stellen, die von älteren Juristen herrühren, übergangen, nämlich

l. 58. de V. O. von Julian — *nisi in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit.*

l. 31. §. 1. h. t. (Venulejus) — novatione liberare eum ab altero poterit, *cum id specialiter agit.*

l. 29. h. t. (Paulus) — *si id specialiter actum est.*

Es kann aber nach der Uebereinstimmung dieser Stellen unter einander und mit der Ausdrucksweise der c. 8. h. t., so wie nach der parenthetischen Form der hervorgehobenen Sätze keinem Zweifel unterliegen, daß wir es hier mit Interpolationen der Compilatoren zu thun haben, welche für unsere jetzige historische Betrachtung ausgeschieden werden müssen.

Mit etwas mehr Schein könnte mir vielleicht entgegengehalten werden, daß von Paulus und Ulpian auch ältere Juristen als Autoritäten für das actum est, ut novetur citirt werden. Hierher gehört

l. 91. §. 6. i. f. de V. O. (45,1). Ego puto novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, *quod et Juliano placet.*

Wenn man aber diese Stelle in ihrem bereits oben (S. 153) erörterten Zusammenhange ins Auge faßt, so ergiebt sich, daß die Frage, welche Paulus beantwortet, nur dahin ging, ob eine durch Mora des Promissor perpetuirte Obligation überhaupt novirt werden könne. Paulus bejaht dies mit Rücksicht auf die novirende Absicht der Partheien; wir dürfen dem Julian zwar dieselbe Entscheidung, aber nicht denselben

Grund zuſchreiben; vielmehr läßt das Citat den näheren Inhalt der Anſicht des Julian ganz im Dunkeln.[1]) Noch klarer iſt das Verhältniß in l. 8. §. 2. h. t.:

> Si quis ita stipulatus a Sejo sit; quod a Titio stipulatus fuero dare spondes? an si postea a Titio stipulatus sit, fiat novatio solusque teneatur Sejus? *Et ait Celsus:* novationem fieri, *si modo id actum sit ut novetur*, id est ut Sejus debeat, quod Titius promisit: nam eodem tempore et impleri prioris stipulationis conditionem et novari *ait*, eoque jure utimur.

Hier iſt nämlich der beſchränkende Zwiſchenſatz si modo id actum sit[2]) ut novetur ein offenbares Einſchiebſel von Ulpian, während er den Grund des Celſus, der ſich bloß auf die Faſſung der Stipulationsformel ſtützte, mit dem referirenden ait wieder aufnimmt.

Nach dieſem Allen läßt ſich der Zeitpunkt, in welchem die Novationstheorie bei den Römern ihren entſcheidenden Wendepunkt gehabt hat, mit einer ſeltenen Genauigkeit feſtſtellen. Wir finden Gajus noch vollſtändig auf dem Standpunkte der älteren Zeit, und dürfen die neuere Periode hauptſächlich von Papinian und ſeiner Schule datiren. Bevor wir uns dem Urſprunge und den charakteriſtiſchen Eigenthümlichkeiten dieſer neueren Entwickelung zuwenden, iſt jedoch das Bild des älteren Rechts noch in einer anderen Richtung zu vervollſtändigen. Wir haben uns bisher mit den **Bedingungen** der Novation als eines Tilgungsaktes beſchäftigt, und haben als ſolche kennen gelernt: Stipulation, und zwar eine stipulatio utilis im formellen Sinne (§§. 26. 27.), Identität des Stipulationsobjects mit dem Inhalte der früheren Obligation, und zwar in einer beſtimmten äußerlich erkennbaren Geſtalt (§. 28—31.); dagegen kein animus novandi (§. 32.). Wir müſſen jetzt die **Wirkungen** der Novation als eines Tilgungsaktes im Sinne des älteren Rechts noch einer kurzen Betrachtung unterwerfen.

§. 33. Wirkung der Novation im älteren Recht.

Die Natur eines liberatoriſchen Formalacts theilt die Novation mit der Acceptilation. So wie bei der Novation durch die Faſſung der Stipulationsformel die beſtandene Obligation ipso jure zerſtört, conſumirt wurde, ſo geſchah dies bei der Acceptilation durch die dieſem

1) Vergl. auch S. 153 Note 3.

2) Man darf ſich durch den Conjunctivus sit nicht verleiten laſſen den Satz für oratio obliqua zu nehmen, da ihn Ulpian auch im §. 1. und 5. derſelben Stelle in der oratio directa gebraucht. Den urſprünglichen Zuſammenhang des Gedankens hat auch Liebe Stipulation S. 212 Note 1, richtig gefühlt.

Geschäft eigenthümlichen verba solemnia. Beide stehen in dieser Beziehung auf gleicher Linie mit der Stipulation als einem obligatorischen Formalact. Durch die Formel des Verbalcontracts centum dare spondes? spondeo konnte eine Obligation auf hundert constituirt werden, ohne daß dabei nach der materiellen Absicht der Partheien, nach der causa obligationis gefragt wurde. Ebenso wurde durch die Formel der Acceptilation quod ego tibi promisi habesne acceptum? habeo, und durch die Formel der Novationsstipulation quidquid dare facere oportet dare spondes? die bestehende Obligation getilgt, ohne daß es auf den Grund der Liberation, auf die daneben bestehende Absicht der Partheien ankam. Die Novation hat nun allerdings die Eigenthümlichkeit, daß dadurch zugleich eine neue Obligation von gleichem Inhalt mit der vorigen erzeugt wird, und deshalb geschieht die Liberation hier in der Regel mit Rücksicht auf die neu eingegangene Verpflichtung; es geht unter den Partheien ein Austausch von Vermögenswerthen, eine Erstattung des Verlorenen durch den neugeschaffenen Credit vor. Dies ist aber im älteren Recht durchaus nichts Wesentliches; der materielle Werth oder Unwerth der neuen Obligation, die Bestimmung, welche ihr die Contrahenten zugedacht haben, ist, wie wir gesehen haben, ohne Einfluß auf den Tilgungseffect der Novation. Als formaler Liberationsact enthält dieselbe also ebenso wie die Acceptilation und Stipulation eine abstracte Vermögenszuwendung, welche jedem beliebigen Zwecke dienstbar gemacht werden kann. Beispiele von Novation donandi animo geben c. 2. de acceptilationibus (8,44) und die oben (S. 150) besprochene l. 91. de solutionibus (46,3). In ähnlicher Art läßt sich eine Novation dotis causa construiren, wie ja eine Acceptilation dotis causa mehrfach in den Quellen erwähnt wird (l. 41. §. 2., l. 43. de jure dotium, 23,3).[1])

Die Verwandtschaft dieser Institute zeigt sich aber auch auf der anderen Seite darin, daß bei der Novation und Acceptilation sowenig wie bei der Stipulation eine indirecte Einwirkung des materiellen Rechts auf das Erzeugniß des Formalacts ausgeschlossen war.

Der Stipulation gegenüber gab es bekanntlich ein doppeltes Rechtsmittel, um einer materiell gegenstandlosen Obligation ihren Gehalt zu entziehen, eine Einrede (exceptio doli oder in factum) und eine Klage (condictio incerti auf Liberation). Die letztere ist ursprünglich ein allgemeineres Rechtsmittel, welches zur Ausgleichung jeder grundlosen Vermögenszuwendung geeignet ist, namentlich also auch zur Rückforderung sine causa übertragenen Eigenthums (datum sine causa). Die condictiones datorum sind jedenfalls die älteste Gestalt dieser Klage,

1) Eine Andeutung dieser Auffassung findet sich bei Savigny Obligationenrecht I. S. 167.

in welcher ſie auch zunächſt ihre Detailausbildung erfahren haben; die condictiones promissi eine nach der Analogie jener gebildete Nebenform. Es iſt indeſſen vielleicht noch nicht genügend hervorgehoben, daß dieſe Nachbildung niemals den vollen Umfang des Originals erreicht hat. Sie geht nämlich bei den Römern nur ſo weit, als die mangelhafte causa, welche den Grund der Anfechtung abgiebt, (direct oder indirect im Falle des Irrthums) in dem Willen der Partheien liegt; beruht ſie auf Grundſätzen des öffentlichen Rechts, ſo fällt die Klage weg. D. h. es giebt eine condictio ob causam promissi und eine condictio indebiti promissi, aber keine condictio promissi ob turpem vel injustam causam; auf dem letzteren Gebiete fehlt die Analogie mit der gleichnamigen condictio datorum. Hier iſt vielmehr entweder die Stipulation ipso jure nulla, dann bedarf es weder einer Klage noch einer Einrede; oder ſie wird nur durch eine Einrede enkräftet, welche dann in der Regel nicht die generelle exceptio doli, ſondern eine geſetzlich ſpecialiſirte iſt, z. B. die exceptio legis Cinciae, senatusconsulti Vellejani und ähnliche.

Den formalen Tilgungsacten gegenüber kann der Natur der Sache nach nicht von einer Einrede, ſondern nur von einer Klage die Rede ſein. Dieſe Klage iſt auch hier die condictio, jedoch nur in demſelben beſchränkteren Umfange, wie bei der Stipulation. Für die übrigen Fälle bedurfte es eines beſonderen Rechtsmittels, einer actio utilis oder actio restitutoria. Beide Arten von Klagen bezwecken Wiederherſtellung der verloren gegangenen Obligation auf künſtlichem Wege: obligatio oder actio officio judicis restauratur, restituitur, redintegratur. Die Frage nach der proceſſualiſchen Geſtalt derſelben und ihren ſpecielleren Unterſchieden kann hier übergangen werden. Beiſpiele der Condiction ſind mir nur für die Acceptilation bekannt:

l. 8. §. 8. ad SC. Vellejanum (16,1).
l. 9. praescriptis verbis (19,5). S. S. 34.
l. 43. §. 1. de jure dotium (23,3).

Die actio restitutoria kommt für die Novation namentlich im Falle unwirkſamer Interceſſion häufig vor und wird im Digeſtentitel ad SC. Vellejanum vielfach erörtert. [2])

Nur ausnahmsweiſe werden auch die liberatoriſchen Formalacte als ipso jure nichtig behandelt, z. B. die Acceptilation in l. 43. pr. de jure dotium (23,3), die Novation in

l. 22. §. 2. soluto matrimonio (24,3). Si mulier soluto

2) Vergl. auch l. 12. de minoribus (4,4). Beiſpiele für die Acceptilation liefern: l. 9. §§. 7. 8. l. 10. pr. §. 1. quod metus causa (4,2). l. 14. quae in fraudem creditorum (42,8). Auch bei der Confuſion kommt ſie vor: l. 8. 17. de his quae ut indignis (34,9). l. 29. §§. 1. 2. de jure fisci (49,14).

matrimonio egentem reum dotis per novationem *decepta* accipiat, *nihilominus actio dotis ei manebit.*

Hier wäre ſtreng genommen nur die actio doli zuläſſig, ebenſo wie in c. 4. de transactionibus (2,4). Actione administratae curae ab eo, qui legitimae aetatis annos complevit, in Aquilianam stipulationem deducta et per acceptilationem exstincta nullam aliam superesse, nisi de dolo intra concessa tempora, non ambigitur.

während die c. 3. eod., ein faſt gleichzeitiges Reſcript deſſelben Kaiſers, wiederum in ganz demſelben Falle mit Rückſicht auf das judicium bonae fidei eine Ausnahme zuläßt. Die laxere Behandlung namentlich der stipulatio Aquiliana gehört ſchon der freieren Auffaſſung der ſpäteren Zeit an.

Vergl. auch l. 5. de transactionibus (2,15).

Die jetzt betrachteten Fälle eines Zwieſpalts zwiſchen der formellen Natur des Novationsacts und dem Princip des materiellen Rechts ſind von beſonderem theoretiſchen Intereſſe, weil in denſelben die Wirkſamkeit des Formalacts in ſeiner Reinheit zur Erſcheinung kommt. Ich werde deshalb namentlich auf das Detail der actio restitutoria ex SC. Vellejano noch zurückzukommen haben. Dagegen ſind ſie natürlich von untergeordneter praktiſcher Wichtigkeit gegenüber der weit überwiegenden Mehrzahl derjenigen Fälle, in welchen formelles und materielles Recht übereinſtimmt. Der Regel nach iſt der Formalact nur das Organ eines auf den liberatoriſchen Erfolg deſſelben wirklich gerichteten Willens. Die Novation als Tilgungsact hat alſo dann eine doppelte Natur, ſie iſt einmal eine aus objectiver Rechtsnothwendigkeit hervorgehende Zerſtörung der beſtehenden Obligation, und ſie iſt gleichzeitig eine auf dem ſubjectiven Willen beruhende Aufhebung derſelben. Das erſte Element gehört dem jus civile, das zweite dem jus gentium an. Dieſelbe Doppelnatur kommt der Acceptilation zu. Für jenes erſte Element iſt der techniſche Ausdruck der Römer consumere, perimere; das letztere bezeichnen ſie mit dem Worte satisfactio im Gegenſatz zur solutio (wo der letztere Ausdruck im engeren Sinne gebraucht iſt, während er im weiteren Verſtande die satisfactio mit umfaßt, l. 176. de V. S. 50,16) l. 49. de solutionibus (46,3). Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori. — Quodsi acceptum latum sit, quod stipulationis nomine hypotheca erat obligata, vel sine stipulatione accepta sit, *solutionis quidem verbum non proficiet, sed satisdationis*[3]) *sufficit.*

3) Satisdationis iſt hier gleichbedeutend mit satisfactionis, welches vielleicht ſogar die richtigere Lesart iſt. — Die Worte vel sine stipulatione accepta sit ſind ſo zu verſtehen, daß die Obligation, welche urſprünglich keine Verbalobligation war, nach vor-

Das Weſentliche iſt die Befriedigung des Gläubigers, ſein Einverſtändniß mit dem Untergange ſeiner Forderung. Ob er daneben zugleich durch eine wirkſame neue Obligation ein Aequivalent für das Verlorene erhält — in welchem Falle allein die Novation als ein Surrogat der Zahlung aufgefaßt werden kann — oder ob er donandi animo novirt oder acceptoferirt, iſt gleichgültig.

l. 9. §. 3. de pignoraticia actione (13,7). *Satisfactum accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum;* sive enim aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fidejussoribus, sive reo dato sive pretio aliquo, vel nuda conventione, nascitur pignoraticia actio. Et generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor a pignore, *videri ei satisfactum, si ut ipse voluit sibi cavit.*

Wir müſſen alſo nunmehr die Function der Novation als Tilgungsact des älteren Rechts ſo charakteriſiren: ſie iſt immer und unter allen Umſtänden eine *consumtio*, ſie iſt gleichzeitig in der Regel eine *satisfactio*, es können aber auch Fälle vorkommen, in welchen ſie das Letztere nicht iſt. In beiden Eigenſchaften hat ſie gewiſſe Wirkungen, die ſich in dem verſchiedenen Umfange des Tilgungseffects äußern; die Wirkungen der consumtio ſind nothwendige, die der satisfactio regelmäßige, welche auch unter Umſtänden fehlen können. Wir werden ſogleich ſehen, daß in Bezug auf jene ſich wieder eine vollſtändige Uebereinſtimmung mit der conſumirenden Wirkung der Litisconteſtation herausſtellt, daß dagegen dieſe gerade diejenigen ſind, durch welche ſie ſich von der Litisconteſtation im Erfolge unterſcheidet. Dies iſt der eigentliche Sinn der

l. 29. h. t. Aliam causam esse novationis *voluntariae*, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt.

Die Novation wirkt darum in vielen Punkten anders als das judicium acceptum, weil ſie zugleich einen Willensact, eine freiwillige Aufgabe des Rechts des Gläubigers enthält. Soweit ſie bloß Conſumtion iſt — das ſetzt der Juriſt ſtillſchweigend voraus — ſteht die Novation der Litisconteſtation ganz gleich.

§. 34. Die Conſumtionswirkung. Künftige Leiſtungen. Zinſen. Correalobligationen. Fortdauer einer naturalis obligatio.

Als Wirkungen der Conſumtion — alſo nothwendige Erfolge der Novation — kommen im Einzelnen folgende in Betracht:

gängiger Novation acceptoferirt iſt, denn anders war dies nicht möglich. Es iſt alſo in der Stelle implicite auch von der Novation die Rede, ebenſo wie z. B. auch in l. 23. de acceptilatione (46,4).

1. Die intentio der formula incerta: quidquid dare facere oportet erſtreckte ihre conſumirende Wirkung auf die dadurch repräſentirte Obligation in ihrer Totalität. Sie zerſtörte alle Anſprüche, die mit derſelben Klage verfolgt werden konnten. Denſelben Erfolg hatte die gleichlautende Stipulationsformel; die Stipulation quidquid ex vendito dare facere oportet conſumirte Alles, was Gegenſtand der actio venditi war.

Dieſes Princip macht ſich in verſchiedenen Anwendungen geltend. Zunächſt begriffen die Formeln dieſer Art ſowohl gegenwärtige, als zukünftige Anſprüche aus demſelben Klagefundament. Der judex durfte gleichwohl nur auf die bereits fälligen Leiſtungen condemniren; die noch nicht fälligen gingen dem Kläger verloren, wenn er ſich deren ſpätere Verfolgung nicht durch eine beſondere praescriptio vorbehielt: ea res agatur, cujus rei dies fuit. Durch dieſes Schutzmittel wurde zwar der Umfang des condemnari oportere nicht erweitert, aber die tilgende Wirkung eingeſchränkt. Bei der gleichlautenden Stipulationsformel trat für den Stipulanten unter Umſtänden dieſelbe Gefahr ein, ohne daß ein gleicher Ausweg zuläſſig geweſen wäre. Die Römer bedienten ſich hier einer anderen Vorſichtsmaßregel, indem ſie der Stipulation den Zuſatz oportebit oder praesens in diemve beifügten. Dadurch wurde zwar der Umfang der Conſumtion nicht eingeſchränkt, wohl aber umgekehrt der des neuen dare oportere erweitert, und auf dieſe Weiſe ein demſelben praktiſchen Zwecke dienliches Reſultat erreicht.

> l. 76. §. 1. de V. O. (45,1). Cum stipulamur: quidquid te dare facere oportet, id quod praesenti die duntaxat debetur, in stipulationem deducitur, non ut in judiciis etiam futurum. Et ideo in stipulatione adjicitur verbum *oportebit* vel ita: *praesens in diemve.* Hoc ideo fit, quia qui stipulatur: quidquid te dare oportet, demonstrat eam pecuniam quae jam debetur; quod si totam demonstrare vult, dicit: oportebit vel ita: praesens in diemve.

Der Unterſchied, den Paulus in dieſer Stelle zwiſchen stipulatio und judicium macht, iſt nur ein ſcheinbarer, durch die Zweideutigkeit der Wendung in stipulationem und in judicium deducere [1]) verſchuldet; der Juriſt denkt bei der Stipulation an die obligatoriſche, bei dem judicium an die liberatoriſche Wirkung der Formel, weil er den verſchiedenen Anknüpfungspunkt der ſchützenden Klauſel im Auge hat. [2])

1) Vergl. oben S. 134.

2) Liebe Stipulation S. 278 hat ſich durch die im Text mitgetheilte Stelle verleiten laſſen, hier einen principiellen Unterſchied zwiſchen novatio voluntaria und judicium acceptum zu ſtatuiren, der gar nicht exiſtirt. Daß die Clauſel oportebit ſich nur auf

Das Princip, daß der Umfang der Consumtion durch den der Klage bestimmt wird, findet eine fernere Anwendung in der Wirkung auf den Zinsanspruch. Der Untergang der Zinsenforderung durch Novation gehört jedoch nur in soweit hierher, als dieselbe wirklich einen Theil der Hauptobligation bildete und nur mit der Hauptklage verfolgt werden konnte. Dies war der Fall bei allen gesetzlichen Zinsen, insbesondere auch den Verzugszinsen, und bei denjenigen vertragsmäßigen Zinsen, welche auf einem pactum adjectum beruhten und mit der Klage aus dem Hauptgeschäft gefordert werden konnten, sofern dieselbe bonae fidei war. War die Klage auf das Kapital stricti juris — im Fall des Darlehns und der Stipulation — so waren bekanntlich Zinsen nur auf Grund einer besonderen Stipulation klagbar, welche keinen Theil des Hauptcontracts bildete, und deshalb auch von der Consumtion der Hauptklage nicht betroffen wurde. Dieser Fall wird gleich nachher besonders betrachtet werden.

Hinsichtlich derjenigen Zinsen, von welchen hier allein die Rede ist, bestand nun allerdings insoweit ein Unterschied zwischen Litiscontestation und Novation, als nach der ersteren die später laufenden Zinsen bei der Condemnation officio judicis berücksichtigt wurden; während sie in dem dare oportere der neuen Verbalobligation nicht inbegriffen waren. Deshalb konnte, wahrscheinlich im unmittelbaren Gegensatze (denn beide Stellen sind aus Paulus libro 57. ad edictum entnommen) gesagt werden:

l. 18. h. t. Novatione legitime facta — usurae non currunt.

l. 35. de usuris (22,1). Lite contestata usurae currunt.

Sollte bei der Novation der Zinsenanspruch erhalten werden, so war dazu gewiß eine neue Zinsenstipulation erforderlich. Die Klausel oportebit oder praesens in diemve war dazu um deswillen nicht ausreichend, weil die Zinsenobligation in den hier besprochenen Fällen niemals eine von der Hauptforderung gesonderte Existenz haben, nicht Gegenstand eines besonderen dare oportere bilden konnte.[3])

den Umfang der neuen Obligation bezieht, ergiebt sich am deutlichsten aus ihrem Gebrauche bei Legaten, wo von einer tilgenden Wirkung gar nicht die Rede ist. l. 46. de legatis II. (31,1). Vergl. auch l. 89. 125. de V. O. (45,1). l. 8. pr. de V. S. (50,16). In der stipulatio Aquiliana, bei der es nur auf den liberatorischen Effect ankam, war die noch dazu cumulativ aufgenommene Klausel oportet oportebit, praesens in diemve ein superfluum, welches uns bei den römischen Cautelarjuristen ebensowenig überraschen darf, wie bei den unsrigen.

3) Ebensogewiß konnte der Zinsanspruch nicht mit der Präscription ea res agatur cujus rei dies fuit vorbehalten werden. Die Beispiele in l. 46. de legatis II. (31,1) und l. 89. de V. O. (45,1) machen den Sinn der Klausel oportebit völlig klar. Die l. 1. §. 13. ut legatorum servandorum causa (36,3) enthält nur eine ganz beiläufige Anspielung auf dieselbe, welche nicht als Gegenargument benutzt werden kann. Daß auch aus l. 27. h. t. kein Schluß e contrario zulässig ist, habe ich schon oben (S. 164) angedeutet.

Der conſumirende Einfluß auch der formula incerta erſtreckt ſich dagegen nur auf die Anſprüche des Klägers, nicht auf die des Beklagten, wenngleich dieſe möglicherweiſe bei der Beurtheilung des Umfanges der klägeriſchen Forderung mit in Betracht gezogen werden konnten. Die liberatoriſche Wirkung der Conſumtion war ſtreng einſeitig, wie es alle Formalacte ihrer Natur nach nicht anders ſein können.[4]) Eine dem ſcheinbar widerſprechende Stelle bedarf noch einer kurzen Beſprechung

l. 23. de acceptilatione (46,4). Labeo: Si ego tibi acceptum feci, nihilo magis ego a te liberatus sum. Paulus: immo cum locatio conductio, emtio venditio conventione facta est, et nondum res intercessit, *utrinque per acceptilationem, tametsi ab alterutra parte duntaxat intercessit, liberantur obligatione.*

Acceptilation von obligationes consensu contractae kann nur nach vorangegangener Novation gedacht werden; Paulus ſcheint alſo hier im Widerſpruche gegen Labeo gerade der Novation einen zweiſeitig liberatoriſchen Erfolg beizumeſſen. Dies iſt aber nur ſcheinbar, denn wir dürfen das Reſultat nicht dem Formalact, ſondern nur dem daneben vorausgeſetzten formloſen mutuus dissensus zuſchreiben; die Beſchränkung si nondum res intercessit deutet auf die bekannte Theorie dieſes modus tollendi ſehr beſtimmt hin.[5]) Der Sinn der Stelle wird vollſtändig klar durch folgende Parallelſtelle

l. 5. pr. de rescindenda venditione (18,5). Cum emtor venditori vel emtori venditor acceptum facit, voluntas utriusque ostenditur id agentis ut a negotio discedatur, et perinde habeatur ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quidquam peteret. Sed ut evidentius appareat, *acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet.*

2. Wir haben vorhin die Einwirkung der Conſumtion auf ſtipulirte Zinſen einer beſonderen Betrachtung vorbehalten. Dieſe Art von Zinſen bildeten an ſich eine von der Hauptobligation getrennte zweite Obligation, welche an deren Schickſale nicht gebunden war.

l. 75. §. 9. de V. O. (45,1). Qui sortem stipulatur et usuras quascunque, certum et incertum stipulatus videtur, et tot stipulationes, quot res sunt.

4) Die Frage iſt zuerſt von Liebe (Stipulation §§. 19. 20.) angeregt, und wenigſtens für die Litisconteſtation in entgegengeſetztem Sinne beantwortet worden. Seine Anſicht iſt indeſſen ſchon von Buchka (Einfluß des Proceſſes auf das materielle Rechtsverhältniß I. §. 2.) und Bekker (Proceſſualiſche Conſumtion §. 10.) ausführlich widerlegt worden.

5) Vergl. §. 4. inst. quibus modis tollitur obligatio (3,30). l. 2. 3. de rescindenda venditione (18,5).

Daher iſt ſoviel unzweifelhaft, daß nach geſchehener Novation oder Litiscontestation die bereits erwachſene Zinsforderung beſtehen bleibt, und mit einer beſonderen Klage nachgefordert werden kann. Dagegen iſt die Zinſenobligation vermöge ihrer acceſſoriſchen Natur inſoweit von der Kapitalobligation abhängig, daß nach Zerſtörung der letzteren keine neuen Zinſen mehr entſtehen können. Dieſe nothwendige Folge tritt auch dann ein, wenn die Zerſtörung der Kapitalforderung auf bloßer Conſumtion beruht.

c. 1. de judiciis (3,1). Judicio coepto usurarum stipulatio non est perempta. Superest igitur, ut debitorem ejus temporis, *quod non est in judicium deductum*, convenire possis.[6])

Die aus ihrem Zuſammenhange geriſſene l. 35. de usuris (22,1) Lite contestata usurae currunt hat daher nur den Sinn usurae currere incipiunt, nicht currere pergunt; d. h. nach der Litiscontestation giebt es nur Proceßzinſen, keine anderen. Nun waren aber Proceßzinſen im älteren römiſchen Recht bekanntlich nicht allgemein, und namentlich nicht bei der condictio certi zuläſſig, alſo gerade bei der Klage aus dem Darlehn und der Stipulation, mit welchem am gewöhnlichſten eine Zinſenſtipulation verbunden wurde. Hieraus entſprang wiederum die Gefahr für den Gläubiger, welcher wegen des Kapitals litem conteſtirte, die Zinſen bis zum Urtheil zu verlieren. Dieſe Gefahr umgingen die Römer dadurch, daß ſie der Zinsſtipulation ihre acceſſoriſche Natur benahmen und ſie in eine ſelbſtſtändige Pönalſtipulation einkleideten. Die ſpeciellere Geſtalt dieſer Cautel iſt beſonders erſichtlich aus dem uns in zwei Exemplaren in den Digeſten erhaltenen Formular einer cautio foeneraticia, nämlich:

l. 40. de rebus creditis (12,1)	l. 126. §. 2. de V. O. (45,1)
Lucius Titius	Chrysogonus, Flavii Candidi servus actor
scripsi	scripsi coram subscribente et assignante domino meo
me accepisse a Publio Maevio	accepisse eum a Julio Zosa rem agente Julii Quintiliani absentis
quindecim mutua numerata mihi de domo;	mutua denaria mille,

6) A. M. iſt Savigny Syſtem Bd. VI. S. 156 folg., welcher der obigen Stelle einen höchſt künſtlichen Sinn unterlegt, indem er die Beſchränkung quod non est in judicium deductum nicht auf die im Eingange des Reſcripts erwähnte Kapitalklage, ſondern auf eine willkürlich ſupponirte frühere Zinſenklage bezieht, bei welcher die noch nicht fällig gewordenen Poſten durch Präſcription vorbehalten ſein ſollen. Vergl. über die Frage auch Mayer Litiscontestation S. 35 folg.

et haec quindecim proba recte dari	quae dari Quintiliano heredive ejus, ad quem ea res pertinebit
Kalendis futuris	Kalendis Novembribus, quae proximae sunt futurae,
stipulatus est Publius Maevius,	stipulatus est Zosas libertus et rem agens Quintiliani,
spopondi ego Lucius Titius.	spopondit Candidus dominus meus.
Si ea die suprascripta summa Publio Maevio eive ad quem ea res pertinebit, data, soluta, satisve eo nomine factum non erit,	*Sub die suprascripta, si satis eo nomine factum non erit,*
tunc eo amplius, quo post solvam, poenae nomine in dies triginta, inque denarios centenos denarios singulos dari	*tunc, quo post solveretur, usurarum nomine denarios octo praestari*
stipulatus est Publius Maevius, spopondi ego Lucius Titius.	*stipulatus est Zosas, spopondit Flavius Candidus dominus meus, subscripsit et dominus.*[7])

Dieſer eigenthümlichen Geſtalt von Zinſen gegenüber war die conſumirende Wirkung der Klage verhindert, denn ſie beruhten einfach auf einer bedingten Obligation, deren Bedingung nicht eingetreten war.

l. 90. de V. O. (45,1). Cum stipulati sumus pro usuris legitimis poenam in singulos menses, si sors soluta non sit, *etiamsi sortis obligatio in judicium sit deducta, adhuc tamen poena crescit,* quia verum est, solutam pecuniam non esse.

Dagegen wurden dergleichen Pönalzinſen durch die Novation allerdings auch aufgehoben, aber nicht in Folge der Conſumtion, ſondern weil nun die Bedingung si satis eo nomine factum erit erfüllt war. Dies wurde denn auch in dem Falle angenommen, wenn die Bedingung nicht

7) Der in der Kapitalſtipulation eingefügte nahe dies (Kalendis futuris, Kalendis Novembribus quae proximae sunt futurae) hat an ſich gar nicht die Bedeutung, daß das Kapital wirklich fällig werden ſoll, ſondern dient nur als terminus a quo für die Zinſen; dies ergiebt ſich am klarſten daraus, daß in dem Falle der l. 40. de rebus creditis (12,1) über die Rückzahlung des Kapitals in einem beſonderen pactum adjectum diſponirt iſt: convenitque inter nos, uti Publio Maevio ex summa suprascripta menstruos refundere debeam denarios trecenos ex omni summa ei heredive ejus. Der Widerſpruch, in welchen ſich der Verfaſſer der cautio durch ungeſchickte Benutzung des Formulars verwickelt hat, giebt die ganze Veranlaſſung zu den Zweifeln in der Entſcheidung, von denen Paulus berichtet. Spuren derſelben Cautel finden ſich übrigens auch in anderen Stellen, z. B. l. 24. de pecunia constituta (13,5).

gerade ausdrücklich auf satisfactio, sondern auf solutio im allgemeineren Sinne gestellt war:

> l. 15. h. t. Si creditor poenam stipulatus fuerit, si ad diem pecunia soluta non esset, novatione facta non committetur stipulatio.

Der Grundsatz der l. 18. h. t. Novatione legitime facta usurae non currunt kann hiernach als ein ganz allgemein gültiger anerkannt werden, beruht aber im Einzelnen auf ganz verschiedenen Grundprincipien.

3. Eine der interessantesten Consumtionswirkungen der Novation im älteren Recht ist der Untergang der im Correalverbande stehenden Obligationen. Diese Wirkung geht wiederum vollständig mit der der Litiscontestation parallel. Sie erstreckt sich sowohl auf das active als passive Correalverhältniß, sowohl auf das principale als das accessorische, ist aber ausgeschlossen bei den bloß solidarischen Verbindlichkeiten. Diese Wirkung kann bei allen Novationsformeln eintreten, nicht bloß bei der formula incerta, sondern auch bei der stipulatio certi: rem aliquam dari. Die Hauptstelle, welche den Gegenstand behandelt, spricht sogar, wie wir oben (S. 173 folg.) gesehen haben, nur von der letzteren.

> l. 31. §. 1. h. t. Si duo rei stipulandi sint, an alter jus novandi habeat, quaeritur, et quid juris unusquisque sibi acquisierit? Fere autem convenit, et uni recte solvi, et *unum in judicio petentem totam rem in litem deducere*, item unius acceptilatione perimi utriusque obligationem. Ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi acquisisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo quod etiam facto ejus, cum quo commune jus stipulantis est amittere debitorem potest. Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, *novatione quoque liberare eum ab altero poterit*, cum id specialiter agit, eo magis, quum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. —

Den Schluß der Stelle habe ich schon früher ausführlich erörtert. Dieselbe spricht nur von dem activen Correalverhältniß;[8]) wir wissen aber aus anderen Quellen, daß auch die correi *debendi* mit Einschluß der Sponsoren und Fidejussoren durch Novation und Litiscontestation befreit wurden. Die Befreiung durch Litiscontestation ist bekanntlich erst von Justinian durch eine besondere Verordnung (c. 28. de fidejussoribus 8,41) beseitigt worden. Diese Consumtionswirkung beruht ursprünglich wahrscheinlich auch auf dem ad 1. aufgestellten allgemeineren Principe, daß der Umfang der Consumtion sich nach dem der Klage bestimmt. Es war dieselbe Klage, mit der die Obligation von allen correis und gegen alle correi verfolgt wurde; auch hatte sie objectiv, wenngleich nicht sub-

8) Ebenso l. 2. de duobus reis (45,2). l. 5. i. f. de fidejussoribus (46,1).

jectiv dieſelbe intentio. Dies gilt allerdings nur für principale correi, und für die älteren Formen des acceſſoriſchen Correalverhältniſſes, sponsio und fidepromissio; für die fidejussio jedenfalls dann nicht mehr, als ſie auch neben einer nicht verbis contrahirten Hauptobligation zugelaſſen wurde. Die Analogie des älteren Civilrechts iſt indeſſen auch für dieſen Fall maßgebend geblieben. Auch muß ſchon aus dem langen, den Untergang des Formularproceſſes überdauernden, Fortbeſtande des Grundſatzes geſchloſſen werden, daß er nicht nur für die directe, ſondern auch für die indirecte Conſumtion per exceptionem rei in judicium deductae Anwendung gefunden hat. Dieſe Einrede wurde dann alſo unter denſelben Bedingungen, wie dem Hauptſchuldner, auch dem correus und fidejussor gegeben. [9])

Hinſichtlich der Novation geht nun die gewöhnliche Anſicht dahin, daß ihre liberatoriſche Wirkung auf Correalobligationen nicht der der Litisconteſtation, ſondern der einer Zahlung verglichen werden müſſe. Ein ſcheinbar ſehr beſtimmtes Zeugniß dafür liefert die eben citirte l. 31. §. 1. h. t. in den Worten:

> eo magis, quum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus.

Ich habe indeſſen ſchon oben nachgewieſen, daß ea stipulatio hier nicht auf die Novationsſtipulation im Allgemeinen, ſondern nur auf die ſpeciell in Rede ſtehende Stipulation rem aliquam dari bezogen werden darf. Im Allgemeinen beruht die fragliche Eigenſchaft der Novation im älteren Recht nicht auf ihrem Charakter als eines Zahlungsſurrogates, noch auch auf dem einer bloß aus dem Willen des Gläubigers hervorgehenden Befriedigung (satisfactio), ſondern darauf, daß ſie wie die Litisconteſtation ein conſumirender Formalact war. Dies zeigt ſich am deutlichſten darin, daß die Wirkung auch in denjenigen Ausnahmsfällen eintrat, wo die Novation keine satisfactio enthielt; alſo z. B. wenn die Novationsſtipulation ex senatusconsulto Vellejano unwirkſam war. Gründete ſich der Untergang der Correalobligationen nur auf die Satisfactionswirkung der Novation, ſo müßten ſie in einem ſolchen Falle fortbeſtehen; dies war z. B. in der That der Fall mit dem Pfandrecht, wie wir gleich ſehen werden. Die Correalobligationen gingen aber dennoch unter, und es bedurfte einer künſtlichen Wiederherſtellung derſelben; ja auch die actio restitutoria wurde nur für das paſſive, nicht für das active Correalverhältniß gegeben.

> l. 20. ad SC. Vellejanum (16,1). Si pro uno reo intercessit mulier, *adversus utrumque restituitur actio creditori.*
>
> l. 8. §. 11. eod. Quanquam in omnes, qui liberati sunt,

9) A. M. iſt Fitting (Die Natur der Correalobligationen §. 34.) welcher in allen Fällen Befreiung des Fidejuſſor ipso jure behauptet.

restituitur actio, *non tamen omnibus restituitur*; utputa duo rei stipulandi fuerunt; apud alterum mulier intercessit: *ei soli restituitur obligatio, apud quem intercessit.*

Dieſer Unterſchied beruht offenbar darauf, daß die Hülfe des Prätors nur demjenigen gewährt wird, der durch die Conſequenz des jus civile Schaden erlitten hat, dieſem aber auch vollſtändig.[10])

4. Unter den Verſchiedenheiten zwiſchen Novation und Litisconteſtation oder nach älterer Ausdrucksweiſe zwiſchen novatio voluntaria und necessaria, pflegt gelegentlich auch aufgeführt zu werden, daß bei dieſer eine naturalis obligatio beſtehen bleibt, bei jener nicht. Auch dieſer Unterſchied reducirt ſich auf den Gegenſatz von Conſumtions- und Satisfactionswirkung. Jene zerſtört nur den civilen, dieſe auch den naturalen Beſtandtheil der Obligation. Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, daß auch die Novation in denjenigen Fällen, wo ſie nur als conſumirender Formalact in Betracht kam, ebenſo wie die Litisconteſtation, eine naturalis obligatio beſtehen ließ. Bei der Seltenheit derartiger Ausnahmsfälle würden wir uns nicht wundern dürfen, wenn dieſer Satz auch im älteren Recht, welchem er ohnehin ausſchließlich angehört, niemals ausdrücklich ausgeſprochen wäre. Nach einer Digeſtenſtelle ſcheint es aber, als ob er allerdings eine den claſſiſchen Juriſten geläufige Theſis gebildet hat, nämlich

10) Der Einfluß der verſchiedenartigen Erlöſchungsgründe einer Obligation auf das Correalverhältniß iſt Gegenſtand einer außerordentlich reichen Litteratur geworden, ſeit Ribbentrop (Die Lehre von den Correalobligationen, Göttingen 1831) zuerſt den weſentlichen Unterſchied hervorgehoben hat, der in dieſer Beziehung zwiſchen eigentlichen Correal- und bloß ſolidariſchen Verbindlichkeiten beſteht. Hierher gehören beſonders: Savigny, Obligationenrecht I. §§. 19. 20.; Bekker proceſſualiſche Conſumtion §. 17.; Rückert in der Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß N. F. Bd. XII. S. 1 folg.; Kuntze, Die Obligation und die Singularſucceſſion §§. 43—53.; v. Helmolt, Die Correalobligationen, Gießen 1857; Fitting, Die Natur der Correalobligationen, Erlangen 1859; Girtanner, Stipulation XV.; Samhaber, Zur Lehre von der Correalobligation, Erlangen 1861. Abgeſehen von der theoretiſchen Baſis des Correalverhältniſſes im Allgemeinen dreht ſich der Streit hauptſächlich um die Natur der für unſer modernes Rechtsbewußtſein ſo räthſelhaften Liberationswirkung der Litisconteſtation. Die von Keller (Litisconteſtation und Urtheil §. 52.) begründete, von Savigny entſchieden gebilligte Auffaſſung derſelben kann wohl ungeachtet der von verſchiedenen Seiten gegen ſie gerichteten Angriffe als die unerſchütterte Grundlage der herrſchenden Lehre gelten. Bekkers abweichende Auffaſſung der proceſſualiſchen Conſumtion iſt für dieſen Punkt nicht von entſcheidender Bedeutung. Dagegen haben Fitting und Girtanner nicht ohne Scharfſinn eine völlig verſchiedene Theorie vertheidigt, indem ſie das Correalverhältniß unter den Geſichtspunkt alternativer Obligationen bringen, und die Löſung deſſelben der vom Gläubiger ausgeübten Wahl zuſchreiben. An den Solutionscharakter auch der Litisconteſtation zu glauben iſt bisher nur der lebhaften Phantaſie Kuntzes möglich geworden.

Mein Widerſpruch gegen die herrſchende Auffaſſung der Novation bezieht ſich übrigens nur auf das ältere Recht, und ich glaube damit andrerſeits der Kellerſchen Theorie der Litisconteſtation eine erhebliche neue Stütze zu bereiten.

1. 60. de fidejussoribus (46,1). Ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fidejussorem respondit; cum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure, aut exceptione liberandum.

So wie diese Stelle jetzt lautet, scheint der zweite Theil derselben einen Gegensatz zu dem ersten zu bilden, welchem der Gedanke zu Grunde liegt: weil bei der Novation keine naturalis obligatio übrig bleibt, darum wird der Bürge befreit. Die beiden Glieder dieses Gegensatzes sind nun aber in einer sehr auffallenden Weise inadäquat. Nach der ganz allgemeinen Fassung des ersten Satzes würde man einen ebenso allgemeinen Ausspruch in dem zweiten, nicht aber ein bloßes Beispiel erwarten; wollte man etwa annehmen, daß die Hervorhebung der Novation durch den dem responsum zu Grunde liegenden Fall ihre besondere Veranlassung gefunden hätte, so wäre es wiederum unbegreiflich, wie der Jurist dazu gekommen ist, überhaupt des debitum naturale zu gedenken. Dies ist aber nicht das Einzige, was von dem vorliegenden Inhalt der Stelle befremdet. Vollkommen unerklärlich ist vielmehr auch der Umstand, daß der Bürge durch Novation der Hauptschuld aut jure, aut exceptione befreit werden soll. Dies widerspricht Allem, was wir sonst von der Novation wissen, und ich wüßte in der That nicht, an welche Exception hier mit einiger Wahrscheinlichkeit gedacht werden könnte. So viel muß also als feststehend angenommen werden, daß die Stelle durch die Compilatoren verändert worden ist. Dann aber kann nur an eine sehr nahe liegende Veränderung durch bloße Omission gedacht werden, wonach der ursprüngliche Inhalt dahin ging:

cum vero genere novationis *vel litiscontestationis* transeat obligatio, fidejussorem aut jure aut exceptione liberandum.

Mit Wiederherstellung dieses Zusatzes ist das aut jure aut exceptione vollständig erklärt; es ist einfach die exceptio rei in judicium deductae gemeint. Daß die restituirten Worte in Folge des veränderten Rechts ausgemerzt wurden, ist ebenso natürlich, wie daß die Compilatoren an dem stehenbleibenden aut jure aut exceptione nicht denselben Anstoß nahmen, da ihnen der praktische Werth des Unterschiedes längst entschwunden war. Nach dieser Annahme wird auch der Zusammenhang des Ganzen vollständig klar, aber der Sinn ein ganz anderer. Der zweite Satz steht dem ersten nun nicht mehr als Gegensatz gegenüber, sondern wie der Regel die Ausnahme. Diese Ausnahme, und zwar hauptsächlich der Fall der processualischen Consumtion, konnte auch gar nicht unerwähnt bleiben; ohne sie würde die Regel für das ältere Recht geradezu falsch gewesen sein. Der Gedanke muß nun vielmehr so wiedergegeben werden: obgleich Novation nicht immer, Litiscontestation niemals

den naturalen Beſtandtheil der Obligation zerſtört, wird dennoch in allen dieſen Fällen der Bürge befreit. Ich hebe dieſen allerdings nur auf einer Vermuthung beruhenden Ausſpruch aus der Zeit der claſſiſchen Juriſten beſonders hervor, weil damit die ganze bisher vertheidigte theoretiſche Auffaſſung der Novation im älteren Recht am Unmittelbarſten ihre Beſtätigung erhält.

§. 35. Die Satisfactionswirkung, insbeſondere in Bezug auf das Pfandrecht.

Mit dem im vorigen Paragraphen Beſprochenen iſt die Conſumtionswirkung der Novation erſchöpft; alles Uebrige iſt Wirkung der satisfactio. Dahin gehört die Befreiung bloß ſolidariſch mitverpflichteter Perſonen, z. B. der Mandatoren im Gegenſatz der Fidejuſſoren,

c. 4. de fidejussoribus (8,41).

der Untergang des Pfandrechts und der privilegia exigendi.

l. 18. 29. h. t.

Auch der letztere iſt nicht unter allen Umſtänden eine Folge der Novation, ſondern von dem beſonderen Willen der Partheien abhängig.

l. 17. pr. i. f. de rebus auctoritate judicis (42,5).

Beſonders charakteriſtiſch tritt aber der Gegenſatz in Bezug auf das Pfandrecht hervor, welches deshalb noch einer beſonderen Betrachtung bedarf.

Das Pfandrecht wird nach der herrſchenden Lehre[1]) und gelegentlich auch in den Quellen als eine Acceſſion der Forderung aufgefaßt.

l. 43. de solutionibus (46,3). In omnibus speciebus liberationum etiam *accessiones* liberantur, puta adpromissores, *hypothecae*, *pignora*.

Wäre dies in demſelben Sinne richtig, wie wir z. B. die Zinsobligation (auch die ex stipulatu) als ein Acceſſorium der Kapitalſchuld kennen gelernt haben, ſo könnten wir an keinen Fortbeſtand des Pfandrechts denken, wenn die Forderung, für welche es beſtellt iſt, aus irgend einem auch nur formellen Grunde zerſtört würde. Offenbar müſſen wir uns aber das Pfandrecht richtiger als ein ſelbſtſtändiges, durch die Exiſtenz einer Forderung in ſeiner Entſtehung, aber nicht immer in ſeiner Fortdauer bedingtes Recht denken. Es iſt dazu beſtimmt, die Befriedigung des Gläubigers zu ſichern; darum erliſcht es, wenn dieſe Befriedigung erfolgt, aber nicht wenn die Forderung ohne ſeine Befriedigung untergeht. Si paret eam pecuniam solutam, satisve eo nomine factum esse; ſo lautete im Weſentlichen die Bedingung des Erlöſchens des Pfandrechts, welche in der Formel der actio pignoraticia ſtand.

1) Vergl. dagegen namentlich Brinz Pandekten I. §§. 78 folg.

Wahrscheinlich ist dieselbe schon aus der älteren verwandten actio fiduciae übernommen; gewiß ist sie als negative Condemnationsbedingung auch in die Formel der actio hypothecaria übergegangen. Mit der Bedeutung der satisfactio haben sich die römischen Juristen gerade bei der Interpretation dieser Klagformeln vorzugsweise beschäftigt; die beiden Stellen, welche ich schon oben zur Erläuterung des Begriffes citirt habe, sind gerade diesem Zusammenhange entnommen. Ich trage jetzt die folgende Stelle nach, in welcher insbesondere der processualischen Consumtion gegenüber die Selbstständigkeit der Pfandklage außerordentlich charakteristisch hervorgehoben ist.

l. 13. §. 4. de pignoribus (20,1). Etiamsi creditor judicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia *suas conditiones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia, aut satisfactum est; quibus cessantibus tenet.* Et si cum defensore in personam egero, licet is mihi satisdederit et damnatus sit, aeque hypotheca manet obligata; multo magis ergo, si in personam actum sit sive cum reo, sive cum fidejussore, sive cum utrisque pro parte, licet damnati sint, hypotheca manet obligata; *nec per hoc videtur satisfactum creditori, quod habet judicati actionem.*

Bei der Novation wird nun allerdings der Untergang des Pfandrechts als Regel vorgetragen

l. 18. 29. cit. h. t.

und zwar anscheinend im geraden Gegensatze zur Litiscontestation, so auch in

l. 11. pr. §. 1. de pignoraticia actione (13,7). Solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito, vel si fidejussor conventus fierit. Novata autem debiti obligatio pignus perimit.

und in der letzteren Stelle könnte der Ausdruck perimit verleiten, dennoch gerade an die consumirende Wirkung der Novation zu denken, wenn diese Vorstellung nicht durch den Zusammenhang des Ganzen, namentlich mit der oben besprochenen l. 9. §. 3. eod., ausgeschlossen würde. Dieser Zusammenhang zeigt vielmehr deutlich, daß der Gegensatz zwischen Novation und Litiscontestation hier wie in l. 29. h. t. als eine Folge des in der Novation regelmäßig enthaltenen Willensactes aufzufassen ist. Wenn die Novation auf ihre Consumtionswirkung beschränkt ist, zerstört sie das Pfandrecht ebenso wenig, wie die Litiscontestation. Dafür haben wir nun auch ein positives Zeugniß in

l. 13. §. 1. ad SC. Vellejanum (16,1). De pignoribus prioris debitoris non est creditori nova actione opus, quum

quasi Serviana, quae et hypothecaria vocatur, in his utilis sit, *quia verum est convenisse de pignoribus, nec solutam esse pecuniam.*

Es ist von demselben Falle die Rede, den wir früher bei der Befreiung der correi debendi betrachtet haben, der Gläubiger hat seine Forderung durch unwirksame Intercession einer Frau verloren; gegen den Bürgen bedurfte er einer actio restitutoria, die Pfandklage behält er. Dies entspricht nun auch ganz den allgemeinen Grundsätzen, weil wir eine naturalis obligatio als fortbestehend denken müssen; gerade mit Bezug auf Einreden, welche nur den civilen Bestandtheil der Obligation zerstören, wird fast mit denselben Worten in l. 59. pr. ad SC. Trebellianum (36,1) gesagt:

Serviana actio tenebit; verum est enim, non esse solutam pecuniam, *quemadmodum dicimus cum amissa est actio propter exceptionem.*

Ebenso ist auch wohl ganz allgemein zu verstehen

c. 2. de luitione pignoris (8,31). Intelligere debes, vincula pignoris durare, *personali actione submota.*

Indessen ist für die Fortdauer eines Pfandrechts unter Umständen wohl nicht einmal das Stehenbleiben einer naturalis obligatio mit ihren sonstigen Wirkungen erforderlich. Dies geht schon aus der Fortsetzung der l. 59. pr. cit. hervor (in welcher es sich um Erlöschen der persönlichen Schuld durch Confusion handelt):

Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, et solutum non repetetur. Remanet ergo *propter pignus* naturalis obligatio.

ebenso aus dem Fortbestehen des Pfandrechts für verjährte Forderungen, wenn man, wie ich glaube, der Verjährung im Allgemeinen die stärkere Wirkung zuschreiben muß, auch den naturalen Bestandtheil der Obligation zu zerstören.

Ich verzichte darauf, die bekannte Controverse über diese Frage, welche mit dem Gegenstand unserer jetzigen Untersuchung nicht in unmittelbarer Verbindung steht, hier eingehend zu erörtern. Wenn ich sie überhaupt berühre, so geschieht es, weil eine Fortdauer des Pfandrechts, auch ohne Bestehenbleiben einer naturalis obligatio, sich in der That auch auf dem Gebiete der Novation verwirklicht. Selbst in dem Falle nämlich, wenn der Wille des Gläubigers auf eine vollständige Aufhebung der novirten Forderung gerichtet ist, kann die Fortdauer des Pfandrechts durch eine besondere Nebenabrede vorbehalten werden.

l. 11. §. 1. de pignoraticia actione (13,7). Novata debiti obligatio pignus perimit, *nisi convenit, ut pignus repetatur.*

Das Pfandrecht behält deshalb in diesem Falle auch sein Altersvorrecht

vor anderen Hypotheken, die in der Zwischenzeit an derselben Sache constituirt sind. Auf diesem Grundsatz beruht überall da, wo das Pfandwesen noch heutzutage auf römischem Rechte beruht, zum großen Theile die Sicherheit des Hypothekenverkehrs. Denn die passive Uebertragung von Hypothekenschulden, welche bei dem Verkauf von Grundstücken eine so große Rolle spielt, ist ohne Novation nicht möglich. Der ganze Realcredit würde erschüttert werden, wenn bei einer solchen Uebertragung die Hypothek mit ihrer bisherigen Priorität nicht erhalten werden könnte.

Man wird mir nun allerdings entgegnen, daß die römischen Rechtsquellen nicht von einer Erhaltung, sondern von einer Erneuerung des Pfandes (repetitio pignoris) sprechen, und daß sie die Priorität des erneuerten Pfandrechts auf eine anomale successio in suum locum zurückführen.

l. 3. pr. l. 12. §. 5. qui potiores in pignore (20,4).

Dies ist richtig und eine wichtige Consequenz dieser Auffassung tritt in dem Falle ein, wo die Novationsstipulation mit einer von dem Pfandeigenthümer verschiedenen Person eingegangen wird. Dann erfordert die Erneuerung des Pfandes zugleich den Consens des letzteren:

l. 30. h. t. — Si creditor a Sempronio novandi animo stipulatus esset, — *rursus easdem res a posteriore debitore sine consensu prioris obligari non posse.*

In dieser Stelle ist nämlich offenbar vorausgesetzt, daß der frühere Schuldner Eigenthümer der Pfandstücke geblieben ist. Die römischen Juristen sind aber in der That auch noch einen Schritt weiter gegangen, als die Praxis des heutigen Rechts und das in dem heutigen Verkehr lebendige Bewußtsein thut. Sie haben auch einer neuen Hypothek, die durch keinerlei Abrede mit der für die novirte Forderung bestellten älteren in Beziehung gesetzt ist, die Priorität der letzteren beigelegt. Dies ergiebt sich ganz deutlich aus den oben citirten Stellen:

l. 3. pr. qui potiores (20,4). Creditor acceptis pignoribus, quae secunda conventione secundus creditor accepit, novatione postea facta, *pignora prioribus addidit.* Superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedenti.

l. 12. §. 5. eod. Papinianus libro undecimo respondit, si prior creditor, postea novatione facta, *eadem pignora cum aliis accepit,* in suum locum eum succedere.

Ebenso ist das Sachverhältniß in:

l. 21. pr. eod. Titius Sejae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset; postea mutuatus

> a fisco pecuniam pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Sejae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit; *in qua obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit.* Quaesitum est: an Seja praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisivit, donec universum debitum suum consequatur? Respondi, nihil proponi, cur non sit praeferenda.

In allen dieſen Stellen und ſo auch in l. 30. cit. h. t. iſt eigentlich nicht einmal von einer *repetitio* pignoris die Rede; wenigſtens iſt die conventio der Partheien, das Bewußtſein der Contrahenten, durchaus auf eine ſelbſtſtändige neue Pfandbeſtellung gerichtet. Die Anomalie beſteht alſo hauptſächlich darin, daß dieſes neue Pfandrecht überhaupt mit dem älteren und deſſen Priorität in Beziehung geſetzt wird. Wenn man bloß bei dem Falle der l. 11. §. 1. cit. de pignoraticia actione ſtehen bleibt, iſt der Geſichtspunkt ein anderer. Ulpian hat in der vorausgehenden l. 9. §. 3. eod. das Princip für den Untergang des Pfandrechts dahin feſtgeſtellt:

> quoties *recedere* voluit creditor *a pignore*, videri ei satisfactum.

Dem entſprechend kann man ſeinen ſpäteren Ausſpruch ſehr wohl ſo verſtehen, daß auch in der Novation keine satisfactio enthalten iſt, wenn die Abſicht auf Fortdauer des Pfandrechts gerichtet bleibt. Man muß ſehr einfach e contrario argumentiren: novata debiti obligatio pignus *non perimit*, si convenit ut pignus repetatur. Dieſes Reſultat entſpricht ganz den allgemeinen Gundſätzen und den Analogieen der vorhin betrachteten Fälle. Das Pfandrecht beſteht unbeſchadet der formellen Tilgung der Hauptſchuld; es erliſcht nicht eher, als bis der Gläubiger durch irgend ein ſpäteres Ereigniß ſeine definitive Befriedigung erhalten hat.

Zweites Kapitel.

Die Novation als Liberationsact im späteren römischen Recht.

---

§. 36. Allgemeine Bedeutung der Stipulation bei den Römern. Verhältniß des Formalacts zur causa stipulationis. Die materiellen Stipulationen als Sitz der Novation im späteren Recht.

Wir haben bisher als Mittel zur Novation nur bestimmte, ihrer äußeren Gestalt nach unter gewissen Gesetzen stehende Stipulationsformeln kennen gelernt. Um die Stellung des Instituts im neueren römischen Rechte verständlich zu machen, müssen wir auf die Natur und die Function der Stipulation bei den Römern aus allgemeinerem Gesichtspunkte einen Blick werfen.

Die schwankenden Vorstellungen der älteren Rechtslehrer über diesen Gegenstand haben seit der epochemachenden Untersuchung von Liebe einer abgerundeten Theorie weichen müssen, welche, wie ich bereits mehrfach angedeutet habe,[1]) auch auf die Novationslehre den bedeutendsten Einfluß gewonnen hat. Die Stipulation ist nach dieser Theorie ein obligatorischer Formalcontract. D. h. die förmliche, feierliche Handlung der Partheien, die Frage des einen und die Antwort des anderen Contrahenten, brachte als solche eine rechtlich wirksame, eine klagbare Obligation zu Stande. Nach dem sonstigen Inhalte des Partheiwillens, nach der besonderen Veranlassung, dem materiellen Grunde der Obligation wurde nicht gefragt. Kaufgeld, Darlehn, Geschenk und unzählige anders geartete Forderungen konnten sich in der einen ununterscheidbaren Form: centum dari spondes? spondeo verstecken; sie kamen in dieser Form mit ihrer Eigenthümlichkeit nicht zur Erscheinung. Ebendarum war das obligatorische Resultat von dieser Eigenthümlichkeit unabhängig; es bedurfte besonderer, künstlicher Rechtsmittel (condictio, exceptio doli), um derselben unter geeigneten Umständen

1) Vergl. S. 3, 147.

auf indirectem Wege dem Formalacte gegenüber zur Geltung zu verhelfen. Das in die Stipulationsform eingekleidete Versprechen bildet in Folge dessen an und für sich ein selbstständiges Vermögensobject, dessen sich der Promittent entäußert, und welches der Stipulant erwirbt. Die Stipulation steht der wirklichen Leistung gleich; sie bewirkt eine abstracte Vermögenszuwendung, indem sie ein Forderungsrecht constituirt. Ebenso wie die datio und jede andere Vermögenszuwendung kann auch die promissio jedem beliebigen juristischen Zwecke dienstbar gemacht werden, je nach der causa, welche ihr zu Grunde liegt.

Liebe (Stipulation §§. 6. 7.) und nach ihm Bähr (Anerkennung §. 6.) und Schlesinger (Zur Lehre von den Formalcontracten §. 2.) haben diese formellobligatorische Wirkung der Stipulation hauptsächlich auf den verpflichtenden Willen der Partheien zurückgeführt, welchem die gesetzlich privilegirte Form gestattet, sich zu einem nackten, von dem Rechtsgrunde abstrahirenden dare oportere zu verkörpern. Etwas anders ist der Ausgangspunkt von Savigny (System Bd. V. S. 532 folg.), welcher annimmt, daß die Stipulation wenigstens in ihrer ältesten Gestalt ganz ähnlich wie wir es von dem Litteralcontract der Römer gesehen haben, ein fingirtes Darlehn repräsentire. Damit wird der bloßen Form eine fingirte materielle causa zur Basis gegeben, in welcher aber ebenso wiederum die wirkliche causa verschwindet. Dieser Auffassung haben sich Gneist (Formelle Verträge S. 134 folg.) und Heimbach (Creditum S. 288 folg.) angeschlossen. Girtanner (Stipulation bes. num. V. VII.) hat sogar den Versuch gemacht, in dieser Beziehung einen historischen Unterschied zwischen sponsio und promissio zu begründen. Für unsere Betrachtung können diese Verschiedenheiten unerörtert bleiben. Die Consequenz aller dieser Ansichten ist dieselbe: das Resultat der Stipulation, die obligatio verbis contracta ist ein von ihrem Rechtsgrunde unabhängiges Abstractum.

Die Römer hatten dergleichen formellobligatorische Contracte mehrere. Von dem alten nexum mag hier ebenso abgesehen werden, wie von dem späteren receptum argentarii. Den nächsten Vergleichungspunkt bietet das nomen transcripticium, welches uns bereits ausführlich beschäftigt hat. Auch dieses bildete eine abstracte Vermögenszuwendung durch Constituirung eines auf der Form allein (oder der Fiction eines Darlehns) beruhenden Forderungsrechtes, welchem jede beliebige materielle causa zu Grunde liegen konnte, ohne die Wirksamkeit des Formalacts zu afficiren. Verbal- und Litteralcontract bilden nach jener Lehre einen durchgreifenden Gegensatz zu den Real- und Consensualcontracten, deren obligatorische Wirksamkeit nicht auf der Form, sondern auf dem Inhalte beruht, und deren obligatorisches Resultat daher auch von diesem materiellen Inhalt in seiner Gesammtheit beeinflußt wird. Die Real- und

Consensualcontracte schließen ihren Rechtsgrund in sich ein; sie setzen keine außer ihnen liegende causa voraus.[2]) Aus dem heutigen Rechtszustande bildet die einzige Analogie für jene obligatorischen Formalacte der Wechselcontract in seiner neuesten (von dem Valutabekenntniß losgelösten) Entwickelung. Wer in Wechselform hundert verschrieben hat, der schuldet eben deshalb abstracte hundert, denen man nicht ansehen kann, ob es geliehene, geschenkte oder was sonst für hundert sind. Dem Wechselgläubiger ist ein nacktes Forderungsrecht zugewendet worden, welches nur im Wege der Einrede aus der unterliegenden causa angefochten werden kann. Dieses moderne Analogon ist denn auch seit Liebe vielfach zur Erläuterung der rechtlichen Wirksamkeit der Stipulation benutzt worden.

Von dem römischen Litteralcontract ebenso wie von dem modernen Wechsel unterscheidet sich gleichwohl die Stipulation in sehr wesentlichen Punkten. Jene sind auf Geldschulden in bestimmter Summe beschränkt, die Stipulation kann jedes beliebige Schuldobject in sich aufnehmen. Es konnte nicht nur stipulirt werden: centum dari, sondern auch Stichum dari, fundum Tusculanum dari; nicht nur dari überhaupt, sondern auch fieri, nämlich: domum aedificari, navem fabricari, insulam fulciri, opus arbitratu tuo fieri, per te non fieri quominus mihi ire agere liceat u. s. w. Ferner: der römische Litteralcontract war, wiederum wie der heutige Wechsel, unfähig unter einer Bedingung geschlossen zu werden; die Stipulation war jeder Art von Suspension der obligatorischen Wirkung zugänglich; ihre in der römischen Cautelarjurisprudenz so häufige und wichtige Verwendung zu Pönalclauseln beruhte auf dieser Möglichkeit. In jeder Beziehung zeichnete sich also die Form der Stipulation durch eine ungemeine Biegsamkeit aus, vermöge deren sie allen Bedürfnissen des Verkehrs gerecht werden, alle Lücken des älteren römischen Contractensystems ausfüllen konnte. Sie war gegenüber den anderen formellen und materiellen Contracten eine allgemeine Vertragsform, ein Gefäß, welches jeden beliebigen obligatorischen Stoff in sich aufnehmen konnte. So wurde sie auch schon von den Römern aufgefaßt:

> l. 5. pr. de V. O. (45,1). — Stipulationes conventionales sunt, quae ex conventione reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot paene dixerim rerum contrahendarum; nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt, et pendent ex negotio contracto.
>
> Paulus rec. sent. II., 22. §. 1. Omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit.

2) Auch Kauf, Darlehn u. s. w. kann allerdings Gegenstand einer vorausgehenden Verpflichtung sein, z. B. l. 5. §. 1. de act. empti (19,1); in solchen Ausnahmsfällen kann denn auch von einer causa für die materiellen Contracte gesprochen werden.

ibid. V. 7. §. 1. *Obligationum firmandarum gratia* stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum solennitate concipiuntur, et appellatae quod per eas firmitas obligationum constringitur.

Noch wichtiger als dieſe allgemeine Verwendbarkeit der Stipulationsform iſt aber eine andere Folge, welche ſich aus der eben beſprochenen Eigenthümlichkeit derſelben ergiebt. Die Stipulation war nicht auf die Conſtituirung eines abſtracten Forderungsrechts beſchränkt, ſondern ſie war auch im Stande, den Inhalt des concreten Partheiwillens in allen ſeinen Beſtandtheilen zu reproduciren. Wenn dies geſchah, ſo verſchwand der Gegenſatz zwiſchen Formalact und causa obligationis, und die Stipulation trat in ihrem Erfolge auf ganz gleiche Linie mit den materiellen Contracten. Die formell obligatoriſche Wirkſamkeit war alſo von Hauſe aus keine nothwendige, ſondern eine facultative Eigenſchaft der Stipulation; je nach dem Gebrauche, den die Partheien von der Form machten, konnte ſowohl der eine als der andere Erfolg eintreten.

Mit dieſer Behauptung trete ich zu der Auffaſſung von Liebe und allen ſeinen Nachfolgern in einen entſchiedenen Gegenſatz, ſo weit dieſelbe allgemeine Geltung beanſprucht. Ich kann die ſo eben im Abriß wiedergegebene Theorie nur für gewiſſe Klaſſen von Stipulationsformeln, in denen eben von dem Rechtsgrunde der Forderung abſtrahirt wird, als begründet und quellenmäßig anerkennen. Der beſchränkte Zweck der gegenwärtigen Unterſuchung geſtattet keine erſchöpfende Erörterung der Frage, welche mit ihren Conſequenzen faſt in alle Theile des römiſchen Obligationenſyſtems hineinreicht. Zum Verſtändniß des Nachfolgenden iſt es aber doch erforderlich, das allgemeine Verhältniß der Stipulation zu ihrer causa wenigſtens andeutungsweiſe in den Kreis der Betrachtung hineinzuziehen.

Es giebt auf dem Gebiete des Vermögensverkehrs eine Reihe von Rechtsgeſchäften, welche ihrer äußeren Erſcheinung nach einen reinen Erwerb auf der einen, und einen reinen Verluſt auf der anderen Seite enthalten. Der einfachſte Fall dieſer Art iſt die Uebertragung des Eigenthums an einer körperlichen Sache durch Uebergabe. Der Tradent entſagt, der Empfänger bemächtigt ſich der Herrſchaft über die Sache. Durch den gemeinſchaftlichen Willen beider Theile und die dazu kommende Beſitzübertragung geht dieſelbe direct aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen über. Ein anderes Beiſpiel bildet die Ceſſion einer Forderung in ihrer heutigen Geſtalt. Wie bei der Tradition das Eigenthum, ſo bildet hier ein obligatoriſches Recht an eine dritte Perſon den Gegenſtand der Vermögenszuwendung. Alle dieſe abſtracten Leiſtungen der einen an die andere Perſon haben die Natur von Verträgen, im

allgemeinsten Sinne des Wortes;[3]) dagegen sind sie sämmtlich keine obligatorischen Contracte, denn mit der Uebertragung eines Vermögenswerthes ist der Wille der Partheien, so weit wir ihn hier in Betracht ziehen, erschöpft, es entsteht daraus an sich keine Verbindlichkeit. Ich werde im Folgenden zunächst bei dem einfachsten Beispiele der Tradition stehen bleiben, wobei hauptsächlich an die Uebergabe einer Summe von Geldstücken als des abstractesten körperlichen Vermögensstückes gedacht werden mag; was von diesem Falle gesagt wird, kann auf die anderen leicht übertragen werden.

Die Uebertragung von Eigenthum setzt eine causa voraus, — so sagt die herrschende Lehre — es muß ein Zweck vorhanden sein, für welchen die Sache bestimmt ist, eine Voraussetzung, von welcher bei der Uebertragung ausgegangen wird, eine Absicht, welche damit erreicht werden soll. Der Begriff der causa wird hiernach aus der Beschaffenheit des handelnden Subjects abgeleitet, dessen Willensrichtung vernünftigerweise über den bloßen Erwerb des Empfängers hinausgehen müsse.[4]) Diese Auffassung hat zum Theil zu sehr unklaren Vorstellungen von der Sache Veranlassung gegeben. Der Gegensatz von Leistung und Rechtsgrund, res und causa, beruht aber vielmehr auf der Eigenthümlichkeit des Objects, auf welches das Geschäft gerichtet ist. Die Tradition von hundert Geldstücken ist gar kein aprioristisches, fertig existirendes Rechtsgeschäft, mit welchem nach Laune und Willkür der Partheien operirt werden könnte. Es ist nur ein Product der abstrahirenden Rechtswissenschaft, welche aus einer Reihe concreter Erscheinungen des lebendigen Verkehrs einen gemeinschaftlichen Bestandtheil herausgehoben hat, um an diesen gewisse allgemeine Rechtsregeln anzuknüpfen. Die Zah-

3) Vergl. Savigny System Bd. III. S. 312.

4) „Ist ganz absichtslos gehandelt, so ist das Ganze als ein Act willenloser, wie „im Traume handelnder Personen anzusehen." Liebe a. a. O. S. 124 in der Note. — „Der einen oder der anderen juristischen causa muß der Tradent sich bewußt sein; denn „wer gäbe, ohne zu wissen, ob er eine Gegenleistung erhalten hat, oder erhalten soll, und „doch auch nicht schenken will, würde sinn- und gedankenlos handeln." Gneist a. a. O. S. 122. — „Die Verbindung einer jeden Vermögensübertragung mit einem sie bestimmenden „Zwecke ist eine nothwendige Folge des bewußten Handelns. Die causa ist eine psycho„logische Nothwendigkeit." Bähr a. a. O. S. 12. 13. — „Irgend ein Bestimmungs„grund, eine Willensrichtung muß zu Grunde liegen; ohne dies ist ein ernstlicher Wille „nicht denkbar; man müßte im Schlafe oder im Scherze handeln." Arndts in der Krit. Ueberschau Bd. II. S. 237. — „Wenn ein dispositionsfähiger Mensch einen Bestandtheil „seines Vermögens auf einen Anderen überträgt, so muß er nothwendiger Weise einen „bestimmten Zweck dabei verfolgen. Die Annahme des Gegentheils würde die Handlung „zu der eines Blödsinnigen stempeln." Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts S. 53. Vergl. auch Schlesinger a. a. O. S. 7. — Alle diese Aeußerungen sind schief und verkennen das Wesen der Sache. Im Blödsinn, im Schlaf oder im Scherz kann man überhaupt nicht mit rechtlichem Erfolge handeln; auch die bloße Eigenthumsübertragung erfordert den bewußten und ernstlichen Willen der Contrahenten.

lung kann entweder eine Schuldtilgung (solutio), oder ein Darlehn (numeratio), oder eine Schenkung, oder was sonst sein. Alle diese Rechtsgeschäfte haben den einen Erfolg mit einander gemein, daß das Eigenthum an den gezahlten Geldstücken auf den Empfänger übergeht. Aber dieses eine Element genügt nicht zu ihrer Charakteristik; diese wird erst durch die außerhalb der Uebergabe des Geldes liegenden, gleich wesentlichen Bestandtheile des Geschäfts vervollständigt. Wenn wir sagen: die Zahlung ist bestimmt zu einer Schuldtilgung, zu einem Darlehn, zu einer Schenkung, so folgen wir dem gewöhnlichen Sprachgebrauche eines Geschäftsmannes. In der correcten Ausdrucksweise eines Juristen müßten wir sagen: Die Zahlung ist Bestandtheil eines Schuldtilgungs-, eines Darlehns-, eines Schenkungsvertrages. Vermöge einer reinen Verstandesoperation zerlegen wir alle diese Geschäfte in zwei Stücke, welche dadurch in einen Gegensatz zu einander treten: das eine ist die abstracte Leistung (res), das andere der Rechtsgrund dieser Leistung (causa).[5]) Die *causa* ist also das Residuum derjenigen Partheiverabredungen, welche in der abstracten Vermögenszuwendung nicht zur Erscheinung kommen. Es ist der zweite Vertragsbestandtheil, durch welchen die bloße Leistung zu einem individuellen, lebendigen Rechtsgeschäft ergänzt wird. Bei der solutio besteht die causa in der Verabredung der Partheien, daß durch die gezahlte Geldsumme eine bestehende Schuld getilgt sein soll; bei der numeratio in der Verabredung, daß das Geld Gegenstand des Credits, also künftiger Zurückerstattung sein soll; bei der Schenkung endlich in der Verabredung, daß sie eine Bereicherung des Empfängers bilden soll. Auch die causa hat also wiederum im Allgemeinen die Natur eines Vertrages, und bei der Mehrdeutigkeit des Wortes empfiehlt es sich, hier geradezu von einem Causalvertrage zu sprechen.

Die Sonderung von res und causa ist in allen denjenigen Fällen durch die Natur der Sache geboten, in welchen gewisse Rechtsfolgen nur von einem Theile der Bedingungen des Ganzen abhängig sind. Dies ist namentlich der Fall mit dem Uebergange des Eigenthums; dieser erfordert außer der Besitzübertragung nur den Consens de dominio transferendo.[6]) Eben darum tritt der sonstige Inhalt des Consenses

5) Ich verzichte darauf, die Bezeichnungen res und causa in der Bedeutung wie ich beide hier gebrauche, als quellenmäßig nachzuweisen. Beide Ausdrücke werden nicht ausschließlich in diesem Sinne angewendet. Namentlich in der Condictionenlehre ist der Sprachgebrauch von causa sogar in der Regel ein anderer: causa heißt dort die Gegenleistung, das Aequivalent für die zu condicirende Hauptleistung, daher causa *non secuta*, und der Gegensatz von causa *praecedens* und causa *futura*.

6) Bei mangelhaftem Consense der Partheien kann deshalb auch der eigenthümliche Fall eintreten, daß zwar eine Eigenthumsübertragung aber kein Causalvertrag zu Stande kommt. l. 36. de acquirendo rerum dominio (41,1).

in das Verhältniß der causa zurück, und die Eigenthumsübertragung wird zu einer abstracten Vermögenszuwendung. Das Gebiet derjenigen Realverträge, welche auf Eigenthumsübertragung beruhen, umfaßt in diesem Zusammenhange nicht nur die obligatorischen Realcontracte, also das Darlehn und die sogenannten Innominatcontracte, sondern auch die solutio als einen liberatorischen Realvertrag. In allen diesen Fällen tritt unter Umständen die Eventualität ein, daß die abstracte Vermögenszuwendung wieder rückgängig gemacht werden soll, daß das übertragene Eigenthum condicirt wird. Dies geschieht in Folge des Causalvertrages, von dessen Inhalte dann die besonderen Bedingungen der condictio abhängen. Der Causalvertrag ist das nächste und Hauptfundament aller Condictionen. Wer ein mutuum oder ein datum ob causam condicirt, muß den obligatorischen Causalvertrag, wer ein indebitum condicirt, muß zuerst den liberatorischen Causalvertrag beweisen. Daß er im letzteren Falle außerdem auch noch einen Irrthum zu beweisen hat, ist eben eine Besonderheit der condictio indebiti.

Die Eigenthumsübertragung ist aber, wie ich schon vorhin angedeutet habe, nicht die einzige Art einer abstracten Vermögenszuwendung. Gleiche Eigenschaft hat die Cession im heutigen Recht, weil bei allen Rechtsgeschäften, die wir unter diesem Namen zusammenfassen, die Wirkung gegenüber dem debitor cessus unabhängig von dem Inhalte des Vertrages zwischen Cedenten und Cessionar eintritt;[7]) darum ist dieser Vertrag die causa cessionis und die cedirte Forderung kann wie übertragenes Eigenthum Gegenstand einer condictio werden. — Wie vermittelst der Delegation eine einheitliche Leistung zu einer doppelten causa, dem Valuta- und dem Deckungsvertrage in Beziehung gesetzt, und dadurch in beiden Richtungen condictionsfähig werden kann, habe ich früher ausführlich besprochen; daher mag hier nur andeutungsweise darauf zurückverwiesen werden.

Nach diesen allgemeinen Betrachtungen kehre ich zu dem besonderen Falle zurück, wo die Vermögenszuwendung in der Constituirung eines abstracten Forderungsrechtes und zwar zwischen denselben Partheien besteht. Hier ist die Sonderung von res und causa eine künstliche; sie ist nur dadurch ausführbar, daß der Gesammtinhalt des Vertrages durch die Form gespalten wird, und zwar durch eine solche Form, der durch positive Rechtsvorschrift die Wirkung beigelegt ist, daß auch der unvollständig wiedergegebene Partheiwille rechtliche Folge, Klagbarkeit hat. Nur wenn dies geschieht, kann das seinem Zusammenhange entrissene Forderungsrecht an sich rechtliche Bedeutung gewinnen; nur dann kann es selbstständige rechtliche Wirkungen haben, vermöge deren es selbst den

7) In Folge der lex Anastasiana erleidet dieser Satz allerdings eine gewisse Modification.

Charakter der res, und der Reſt des Vertrages den Charakter der causa annimmt. Eine ſolche Form iſt der moderne Wechſel; eine ſolche Form war auch unter Umſtänden die römiſche Stipulation. Wenn A. und B. einen Kaufcontract mit einander ſchließen, ſo iſt der Geſammtinhalt ihrer Verabredungen beiſpielsweiſe folgender: A. ſoll dem B. 30 Scheffel Getreide liefern, B. dem A. dafür 100 bezahlen; beide Verpflichtungen ſtehen in ſynallagmatiſcher Beziehung, in gegenſeitiger Abhängigkeit. Wird nun über die 100 ein Wechſel ausgeſtellt, ſo wird dieſer Geſammtinhalt geſpalten. In dem Formalact wird nur die abſtracte Verpflichtung des B., hundert an A. zu bezahlen, niedergelegt; die fernere Verabredung, daß dieſe Hundert Kaufgeld ſind, und dafür 30 Scheffel Getreide geliefert werden ſollen, kommt nicht zum Ausdruck, ſondern tritt in das Verhältniß der causa obligationis zurück. Ganz ebenſo war es bei den Römern, wenn eine Kaufgeldſchuld mit der einfachen Formel centum dare spondes? ſtipulirt wurde. Ohne die geſetzlich privilegirte Form, welche eine Klage auf abſtracte Hundert ermöglicht, wäre die Trennung nicht denkbar; die Hundert würden immer Kaufgeld bleiben. Jetzt aber iſt die Conſtituirung der Wechſelforderung oder der Verbalobligation eine ſelbſtſtändige Leiſtung geworden, welche wie ein datum oder eine ſonſtige abſtracte Vermögenszuwendung aus ihrem Cauſalvertrage condicirt werden kann. Der Fall hat nur das Eigenthümliche, daß der bloße Promittent nicht einmal immer einer Klage bedarf, ſondern ſich auch auf die bloße Vertheidigung mittelſt einer exceptio gegen die Klage des Gegners aus dem Formalcontract beſchränken kann. Exceptio und condictio haben aber wiederum in dem Cauſalvertrage ihr Hauptfundament. Daß die verſprochenen Hundert Kaufgeld für 30 Scheffel Getreide ſind, iſt das erſte, was der Excipient oder Condicent beweiſen muß. Aus der Beſonderheit des Kaufvertrages mögen dann weitere Gründe entnommen werden, die ſein Verſprechen unwirkſam machen.

Aus dieſer Darſtellung geht nun aber gleichzeitig hervor, daß das Reſultat, zu welchem wir gelangt ſind, eine unvollſtändige Wiedergabe des Partheiwillens durch den Formalact mit Nothwendigkeit vorausſetzt. Denken wir uns die Kaufgeldſtipulation in unſerem Beiſpiele ſo gefaßt, daß der Kaufvertrag damit vollſtändig wiedergegeben wird, alſo etwa nach Art des ſchon oben (S. 200) betrachteten Formulars der Darlehnsſtipulation:

> Lucius Titius scripsi, mihi a Publio Maevio triginta modios tritici emptos esse centum, et *haec centum* proba recte dari Kalendis futuris stipulatus est Publius Maevius, spopondi ego Lucius Titius,

dann iſt der Kaufvertrag nicht mehr causa, ſondern mit Inhalt der Stipulation. Es iſt nichts anderes, als Kaufgeld ſtipulirt; der Pro-

mittent ist jedes Beweises überhoben, daß seine Schuld aus einem Kaufvertrage herrühre, er kann sich, wie wir sehen werden, unmittelbar derselben Vertheidigungsmittel, wie gegen die actio venditi, bedienen.

Die Römer waren von Hause aus sehr geneigt, ihren Stipulationsformularen auf diese Weise den Charakter materieller Rechtsgeschäfte zu geben. Die Klage aus dergleichen Stipulationen, — die ich der Kürze halber materielle Stipulationen nennen will — war allerdings immer eine actio stricti juris; in unserem Beispiele würde es sogar die condictio certi gewesen sein, in den meisten Fällen war es eine condictio incerti, gewöhnlicher actio ex stipulatu genannt. Diese Klage näherte sich aber ihrem Inhalte und Erfolge nach vollständig den bonae fidei judiciis an; die Uebereinstimmung wurde noch durch die der Stipulation gewöhnlich angehängte Clausel: dolum malum abesse abfuturumque gesteigert, welche auch bei der actio stricti juris den Richter in Stand setzte, den ganzen Complex der dem Geschäfte zu Grunde liegenden Absichten und Rücksichten in den Kreis seiner Beurtheilung zu ziehen. Schon Julian giebt folgende Anleitung zur Composition von Stipulationsformularen:

> l. 53. de V. O. (45,1). Stipulationes commodissimum est ita componere ut quaecunque specialiter comprehendi possunt contineantur, doli autem clausula ad ea pertineat, quae in praesentia occurrere non possunt et ad incertos casus pertinent.

Diese Tendenz, die Stipulation zu individualisiren und zu materialisiren, wurde wesentlich begünstigt durch eine allmählige Umwandlung, welche gleichzeitig mit der Form des Stipulationsacts vor sich ging. Aus der ursprünglich mündlichen Form wurde eine schriftliche. Schon Cicero[8]) rechnet die Stipulation zu den res quae ex scripto aguntur. Ursprünglich wurde die Schrift wahrscheinlich nur als eine bequeme Grundlage für die mündliche Rede der Contrahenten, als ein Entwurf, von welchem die verba solemnia mit Sicherheit abgelesen werden konnten, behandelt. Unzweifelhaft aber ist sie später aus einem Hülfsmittel ein wirkliches Aequivalent der mündlichen Form geworden.

> Paul. rec. sent. V. 7. §. 2.
> l. 30. 134. §. 1. 2. de V. O. (45,1).
> l. 7. §. 12. de pactis (2,14).
> c. 1. de contrahenda stipulatione (8,38).

Der Theorie nach blieben verba die Grundlage des Obligationsactes, aber es konnten auch verba scripta sein.

> l. 38. de O. et A. (44,7). — Placuit non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.

8) Topic. c. 26.

Von den wesentlichen Bedingungen der älteren Form blieb hauptsächlich nur die eine bestehen, daß das Geschäft inter praesentes geschlossen werden mußte. An diesem Erfordernisse ist bis in das Justinianische Recht festgehalten worden, wiewohl nicht ohne erleichternde Fictionen der Gesetzgebung.

c. 14. de contrahenda stipulatione (8,38).

Der technische Ausdruck der Römer für diese spätere Form der Stipulation ist cautio. Es handelt sich dabei nicht etwa um ein bloßes Beweismittel für eine mündliche Stipulation, sondern um einen wirklichen Ersatz der alten Form durch eine neue. Statt des unklaren Ausdrucks Stipulationsurkunde sollte daher der Begriff der cautio bestimmter als der einer schriftlichen Stipulation[9]) wiedergegeben werden.

In einer solchen cautio konnte nun noch leichter als in einer mündlichen Stipulation der gesammte Inhalt der Partheiverabredungen niedergelegt und mit einer umfassenden Bezugnahme: ea omnia quae supra scripta sunt, ita recte dari fieri spondes? die Stipulationsformel angeschlossen werden. Die Stipulation reducirte sich dadurch auf eine bloße Schlußclausel, mittelst deren der ganze Umfang eines materiellen Vertrages in eine verborum obligatio umgewandelt wurde.

> Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri: *rogavit Titius spopondit Maevius*, haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis; ideoque ex stipulatu nascitur actio. l. 7. §. 12. cit. de pactis (2,14).

Diese ganze Entwickelung der Stipulation bei den Römern ist für den obligatorischen Werth derselben von der größten Bedeutung geworden. Sie hat ihre formell obligatorische Kraft verloren; dies ist das im Justinianischen Recht vollendete Resultat. Es ist aber nicht durch einen einzelnen Act der Gesetzgebung herbeigeführt worden, sondern ist hervorgegangen aus einem allmählichen Processe, der noch mehr den Gewohnheiten des Geschäftsverkehrs und der Cautelarjurisprudenz, als der Wissenschaft und der richterlichen Praxis angehört. Die abstracten Stipulationen sind aus dem Leben verschwunden; sie sind überwuchert worden durch den überhandnehmenden Gebrauch materieller Stipulationsformulare. Die von Hause aus nur facultative formellobligatorische Wirkung des Stipulationsactes ist schließlich selbst in der Vorstellung und

9) Dies ist zum Theil schon von Gneist geschehen, dessen gründlicher Darstellung ich hier im Wesentlichen gefolgt bin. Vergl. formelle Verträge S. 243 folg. und die erschöpfende Untersuchung über den Sprachgebrauch von cautio S. 233 folg. ebendaselbst. Etwas abweichend ist die Entwickelung behandelt von Bähr Anerkennung S. 120 folg. bes. S. 128. 129 und Schlesinger Formalcontracte S. 79 folg. Vergl. dagegen auch Girtanner Stipulation S. 326 folg.

im Rechtsbewußtsein der Römer erloschen, weil ihr der Boden zu einer lebendigen Fortentwickelung entzogen war.

Diese Seite des Gegenstandes ist jedoch nicht diejenige, welche uns zunächst zu beschäftigen hat. Für jetzt gilt unsere Aufmerksamkeit derjenigen Entwickelung, welche das Gebiet der materiellen Stipulationen der Novation im neueren römischen Rechte eröffnet hat. Die Veranlassung zu Berührungspunkten mit dem älteren Institut, welches wir bisher kennen gelernt haben, liegt nahe genug. Die Stipulation als ein zunächst nur obligatorischer Act hatte sich, wie wir gesehen haben, zu einer Gestalt ausgebildet, in welcher ihr Object vollständig oder annähernd identisch wurde mit dem Objecte eines anderen Rechtsgeschäfts. Diese Identität war allerdings keine absichtliche, in technisch construirten Formeln verkörperte; sie kam vielmehr durch eine natürliche Umschreibung des Inhalts zum Ausdruck. Man kann sagen: sie war nicht in jus, sondern in factum concipirt. Der Natur der Sache nach aber konnte zwischen einer materiellen Stipulation und dem durch sie repräsentirten materiellen Rechtsgeschäft, dessen Bedingungen durch die vorliegenden Partheihandlungen in der Regel ebenso gut erfüllt sein mußten, ein der alten Novation sehr ähnliches Verhältniß entstehen. Es ergiebt sich sogleich die Frage: Blieb dieses materielle Rechtsgeschäft neben der Stipulation als ein besonderer, selbstständiger Obligationsgrund bestehen? Oder verschwand der formlose Contract in dem förmlichen? Diese Frage muß jetzt zunächst einer näheren Untersuchung unterworfen werden.

§. 37. Verhältniß der Stipulation zu gleichzeitigen materiellen Verträgen. Subsidiäre Natur der bonae fidei actiones gegenüber der Stipulationsklage. Die stipulatio duplae und die actio empti.

Wir beschäftigen uns in dieser Abtheilung planmäßig hauptsächlich mit dem Verhältniß zweier ihrem Inhalte nach übereinstimmenden Obligationsacte unter denselben Partheien. Dieses ist an sich einer verschiedenen Beurtheilung fähig, je nachdem man beide Obligationsacte als gleichzeitig, oder als zeitlich gesondert voraussetzt. Eine absolute Gleichzeitigkeit ist allerdings kaum denkbar, doch aber eine solche, welche Stipulation und Contractschluß überhaupt als eine einheitliche Handlung erscheinen läßt. Es wird in continenti, wie die Römer sagen, stipulirt, womit ein modicum intervallum nicht ausgeschlossen ist; es wird in contrahendo stipulirt. Der historische Gang der römischen Rechtsentwickelung tritt in diesem besonderen Falle der Gleichzeitigkeit am klarsten hervor; dies veranlaßt mich, zunächst von diesem auszugehen. Die

Frage, die wir zu unterſuchen haben, iſt alſo folgende: wenn ein materielles Rechtsgeſchäft von Hauſe aus in die Form einer Stipulation oder einer cautio gekleidet wurde, wie verhielt ſich die Obligation aus dem Formalcontract zu der aus dem materiellen Geſchäft?

Die Hauptſtelle unſerer Rechtsquellen, in der dieſer Gegenſtand ex professo beſprochen wird, iſt folgende:

> l. 71. pr. pro socio (17,2). Duo societatem coïerunt, ut grammaticam docerent, et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset; de ea re, quae voluerunt fieri, in pacto convento societatis proscripserunt: deinde inter se his verbis stipulati sunt: *haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri, neque adversus ea fieri; si ea ita data facta non erunt, tum decem dari?* Quaesitum est, an si quid contra factum esset, societatis actione agi posset?

Bevor ich auf die Entſcheidung des Juriſten eingehe, mache ich darauf aufmerkſam, daß ſeine Frageſtellung eine etwas andere iſt, als die unſrige. Er fragt nicht nach der Coexiſtenz zweier Obligationen, ſondern nach der Concurrenz zweier Klagen. Dieſe modificirte Auffaſſung eröffnet eine Reihe neuer Geſichtspunkte für die Sache, welche eine ausführlichere Erörterung verdienen.

Der Begriff der Klagenconcurrenz iſt uns ein ſo geläufiger und war es auch den römiſchen Juriſten der claſſiſchen Zeit,[1]) daß wir in der Regel ganz vergeſſen, ein wie künſtlich ausgebildetes Rechtsſyſtem derſelbe überhaupt vorausſetzt, wie langen Entwickelungsperioden die verſchiedenen Rechtsmittel, die wir als gleichzeitig gegeben zu handhaben gewohnt ſind, ihre Entſtehung verdanken. Wir legen jetzt bei jeder Klage einen fertigen Rechtsbegriff zu Grunde, zu deſſen Verwirklichung wir uns die Klage beſtimmt denken. Das urſprüngliche Verhältniß war das umgekehrte: die Klage wurde gegeben, wo ein Recht noch nicht exiſtirte; erſt mit der Klage wurde das Recht geſchaffen. Die römiſche Rechtsgeſchichte iſt noch innerhalb der unſerer Kenntniß vollſtändig zugänglichen Periode reich an derartigen Beiſpielen. Erſt mit der actio Publiciana entſtand das in bonis habere, mit der actio Serviana und quasi Serviana die Hypothek, mit der actio praescriptis verbis die Innominatcontracte in ihrer neueren Geſtalt. Alle dieſe Klagen waren neue, aus dem Bedürfniſſe des praktiſchen Lebens hervorgegangene Erfindungen der edicirenden Magiſtrate oder der reſpondirenden Juriſten. Wir müſſen alſo für die ältere Zeit vielmehr an einen Mangel als an einen Ueberfluß von Klagen denken; erſt im Stadium einer gewiſſen

1) Bekanntlich hat Paulus einen eigenen liber singularis de concurrentibus actionibus geſchrieben, aus welchem uns zwei Fragmente erhalten ſind l. 34. de O. et A. (44,7) und l. 90. de furtis (47,2).

Ueberproduction der Rechtspflege konnte der Fall eintreten, daß dem Kläger mehrere verschiedene Rechtsmittel geboten wurden, um zu demselben Ziele zu gelangen. Jede neue Klage war nach dem natürlichen Gange der Entwickelung zunächst nur dazu bestimmt, eine empfundene Lücke auszufüllen; sie diente nur zur Ergänzung der vorhandenen, diesen gegenüber blieb sie subsidiär, so lange nicht neue Umstände dazu Veranlassung gaben, sie über ihr bisheriges Geltungsgebiet zu erweitern, und ihr zu einer selbstständigen Ausbildung zu verhelfen.

Es giebt im römischen Recht Klagen, welche in der That über diesen Standpunkt eines subsidiären Rechtsmittels niemals herausgekommen sind. Das charakteristischste Beispiel einer solchen ist die actio praescriptis verbis, eine der neuesten Schöpfungen auf dem Gebiete der Contractsobligationen, deren Gebrauch bekanntlich erst seit Labeo datirt. Diese Klage unterschied sich von den früheren dadurch, daß sie keine von vorn herein feststehende Formel hatte, sondern sich dem Inhalte des jedesmal zu Grunde liegenden Geschäfts accommodirte. Es war eigentlich weiter nichts als eine allgemein anwendbare Methode, eine Klagformel für diejenigen Contracte zu construiren, für welche die fertigen Formeln des Edicts nicht ausreichten. Man hatte sich bis dahin damit geholfen, solchen Verträgen durch die Stipulation Klagbarkeit zu geben, und dies blieb z. B. bei Vergleichen auch ferner sehr gewöhnlich. In einem solchen Falle würde es keinem römischen Juristen eingefallen sein, das neue Rechtsmittel auch neben der alten Klage zuzulassen; actio ex stipulatu und actio praescriptis verbis schlossen sich unbedingt aus.

> c. 6. i. f. de transactionibus (2,4) — *aut* enim stipulatio conventioni subdita est, et ex stipulatu actio competit, *aut* si omissa verborum obligatio est, utilis actio quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est. c. 33. eod., c. 7. de pactis (2,3), c. 4. de rerum permutatione (4,64), c. un. §. 13. de rei uxoriae actione (5,13).

Nicht minder charakteristisch ist z. B. das Verhältniß der actio praescriptis verbis zur actio de dote:

> c. 6. de jure dotium (5,12). Avia tua eorum, quae pro filia tua in dotem dedit, etsi verborum obligatio non intercessit, actionem ex fide conventionis ad te, si heres exstitisti, transmittere potuit. Nec enim eadem causa est patris et matris paciscentium, quippe *matris pactum actionem praescriptis verbis constituit, patris dotis actionem profectitiae nomine competentem conventione simplici minime creditur innovare.*

Die actio praescriptis verbis, welche der Mutter zusteht, kann unter ganz gleichen Umständen dem Vater nicht gegeben werden, weil dieser

bereits ſeine eigene Klage hat; bei ihm kann das pactum simplex gar nicht in Betracht gezogen werden. Auf der anderen Seite ſteht die actio de dote in demſelben untergeordneten Verhältniß zu der Klage aus der Stipulation: dotem reddi. Wenn das künftige Schickſal der dos mittelſt dieſer Stipulationsformel feſtgeſtellt war, concurrirte mit der actio ex stipulatu niemals eine actio rei uxoriae. Bei der gegenſeitigen Ausſchließung dieſer Klagen iſt es geblieben bis zu Juſtinian's bekannter Verordnung de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa (cod. 5,13).

Auf dem angedeuteten Standpunkte ſubſidiärer Rechtsmittel haben wir uns nun im älteren Recht der Stipulation gegenüber alle Klagen aus formloſen Contracten zu denken. Wo ein Rechtsgeſchäft in die Stipulationsform gekleidet war, da gab es, ſoweit die actio ex stipulatu reichte, keine zweite Contractsklage. Nur die urſprüngliche Unvollkommenheit der übrigen Contractsklagen erklärt den ausgedehnten Gebrauch, der von jenen Stipulationsformularen über materielle Rechtsgeſchäfte gemacht wurde, und die Sorgfalt, welche man auf ihre Redaction verwendete. Das Ziel, welches man auf dieſem Wege erſtrebte, war, für alle Vorkommniſſe des geſchäftlichen Lebens bequeme Formeln vorräthig zu halten; ein neues Bedürfniß der Praxis wurde zunächſt durch eine neue Clauſel in dem entſprechenden Geſchäftsformular befriedigt; damit konnte das bedenklichere Experiment einer neuen Klagformel oder der Ausdehnung einer vorhandenen erſpart werden. Dieſe Art von Thätigkeit ruhte allerdings hauptſächlich in den Händen der prudentes, aber auch die Magiſtraturen betheiligten ſich dabei, denn ein großer Theil der prätoriſchen Stipulationen gehörte in dieſelbe Kategorie. Die ganze Rechtspflege hatte überwiegend den Charakter einer Cautelarjurisprudenz; Cicero ſchildert dieſen Zuſtand treffend als ein componere stipulationum et judiciorum formulas (de leg. I., c. 4.).[2]) Auch in den Fragmenten der Pandektenjuriſten finden ſich noch mancherlei Spuren einer überwiegend dieſer Richtung gewidmeten Thätigkeit, z. B. außer der bereits citirten l. 53. de V. O. (45,1):

l. 137. §. 7. eod., l. 11. de stip. praetoriis (46,5), l. 15. de transactionibus (2,15).

2) Contracts- und Klagformeln werden urſprünglich unter dem gemeinſchaftlichen Namen actiones begriffen. Daher ſpricht Varro (de re rustica c. 5. 7.) von actiones Manilianae, Cicero (de oratore I. c. 57.) von actiones Hostilianae; beides ſind Formularſammlungen im Allgemeinen. Nicht minder bemerkenswerth iſt die Uebereinſtimmung des Sprachgebrauchs von excipere, welches bei juriſtiſchen und nichtjuriſtiſchen Schriftſtellern ebenſowohl zur Bezeichnung der beſchränkenden Clauſeln in den Contractsformularen dient. Varro de re rustica lib. II. c. 2. 3. 9. Horat. sat. lib. II., 3. v. 286. Quinctil. declam. III. c. 16. l. 10. de religiosis (11,7). l. 6. pr. de servis exportandis (18,7). l. 39. de act. emti (19,1). l. 14. §. 9. de aedilitio edicto (21,1).

Auf die spätere Detailausbildung der bonae fidei judicia ist diese Formularpraxis der älteren Zeit von wesentlichem Einfluß gewesen; es hat zwischen beiden eine beständige, gegenseitig befruchtende und anregende Wechselwirkung bestanden. So lautete z. B. die Stipulation über einen Erbschaftskauf ihrem Hauptbestandtheile nach:

quanta pecunia ex hereditate ad te pervenit, dari spondes? l. 37. pr. de peculio (15,1), l. 20. §. 1. de stipulatione servorum (45,3), l. 97. de V. S. (50,16),

oder auch mit dem Zusatze:

dolove malo tuo factum est eritve quominus perveniat. l. 50. §. 1. de V. O. (45,1).

Diese Stipulationsformel, wahrscheinlich erfunden, um den Unvollkommenheiten der alten in jure cessio zu entgehen (Gaj. II. §§. 34—37.) bildete offenbar die Basis, nach welcher auch später noch der Umfang der actio emti beurtheilt wurde.

l. 2. §§. 1—5. de hereditate vendita (18,4).

Bei weitem das interessanteste Beispiel eines solchen Stipulationsformulars älterer Zeit, dessen Gebrauch das Zeitalter der classischen Juristen überdauert hat, und über welches wir daher die reichste Ausbeute an Quellenmaterial haben, ist die stipulatio duplae wegen der Gewährleistung. Die Klage aus dieser Stipulation und ihr Verhältniß zur actio emti giebt noch aus der späteren Periode ein treues Bild von den Grundsätzen, die ich als die ursprünglichen angedeutet habe.

Detaillirte Formulare für Kaufgeschäfte existirten schon in sehr früher Zeit.[3]) Schon Cato (de re rustica c. 146—150.) giebt dergleichen in größter Ausführlichkeit für den Verkauf landwirthschaftlicher Erzeugnisse. Unter den Juristen der ältesten Zeit wird Manilius, einer der Gründer des jus civile,[4]) als Herausgeber einer Sammlung von Kaufformularen genannt. Aus dieser Quelle stammen einige auf den Viehhandel bezügliche Exemplare, welche bei Varro (de re rustica II. c. 1—9.) bruchstückweise erhalten sind. Die Gestalt des Ganzen läßt sich aus der nachfolgenden Beschreibung des Kaufs einer Schafheerde deutlich erkennen:

c. 2. l. c. In emtionibus (ovium) jure utimur eo, quod lex[5])

3) Vergl. die reichhaltige Zusammenstellung bei Brissonius de formulis lib. VI.

4) l. 2. §. 39. de origine juris (1,2). — Nec quisquam est eorum qui, si jam sit ediscendum sibi aliquid, non Teucrum Pacuvii malit quam *Manilianas venalium vendendorum leges* ediscere. Cic. de orat. I., 58. — Varro de re rustica II. c. 3. 5. 7.

5) Mit lex ist hier das Formular gemeint. Vergl. die in der vorigen Note abgedruckte Stelle von Cicero; ferner Cato de re rustica c. 14. 145—150. Plin. hist. natur. 15. c. 3., 18. c. 31. l. 40. pr. §. 1. de contrahenda emtione (18,1). l. 13. §. 14. de actionibus emti (19,1). l. 24. pr. locati (19,2). l. 77. pro socio (17,2).

praescripsit. In ea enim alii plura alii pauciora excipiunt. Quidam enim pretio facta in singulas oves, ut agni chordi duo pro una ove annumerentur, et si cui vetustate dentes absunt, item binae pro singulis ut procedant. De reliquo antiqua fere formula utuntur. *Cum emptor dixit;* tanti sunt mi emptae? *et ille respondit:* sunt, *et expromisit numos, emtor stipulatur prisca formula sic:* illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est extra luscam, surdam, minam, id est de ventre glabro, neque de pecore morboso esse, habereque recte licere. Haec sic recte fieri spondes?

Zuerſt kam alſo die eigentliche emtio venditio, welche nach einem für jeden einzelnen Fall paſſenden Formular in feierlicher Rede und Antwort nach Art der Stipulation mündlich abgeſchloſſen wurde;[6]) dann folgte, wenn nicht baar bezahlt wurde, eine Stipulation des Verkäufers über das Kaufgeld (expromisit numos), und endlich eine Stipulation des Käufers über die Gewährleiſtung. Hiernach hatte der Käufer die actio emti auf Erfüllung des Vertrages, die actio ex stipulatu auf Gewährleiſtung. Nach der Conſtruction des Formulars dürfen wir nicht zweifeln, daß die actio emti für den letzteren Zweck urſprünglich nicht ausreichte.[7]) Die Stipulation diente eben dazu, die für das praktiſche Bedürfniß empfundene Lücke auszufüllen. Dies und nichts Anderes will offenbar Varro in einer allerdings höchſt unjuriſtiſchen Ausdrucksweiſe ſagen:

c. 1. l. c. Neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio numorum ad mutationem dominii. In emptione alias stipulandum statim esse e valetudinario, alias e sano pecore, alias e neutro.

Unter den Laien lebte dieſe Vorſtellung ſelbſt in viel ſpäterer Zeit fort, ſonſt hätte nicht noch Kaiſer Alexander Severus reſcribiren können:

c. 6. de evictionibus (8,45). Non dubitatur,[8]) etsi specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta ex emto competere actionem.

6) Zahlreiche Beiſpiele dieſer Form giebt Brissonius de formulis VI., 1. 2.

7) Ich verwahre mich ausdrücklich dagegen, als wollte ich dieſe Thatſache für irgend einen beſtimmten Zeitpunkt behaupten. Varro iſt für Rechtsfragen ein gänzlich unzuläſſiger Zeuge und ſelbſt Manilius konnte ſehr wohl einer noch älteren Tradition gefolgt ſein. Cicero (de officiis III. c. 16.) erzählt einen Rechtsfall, in welchem der Vater des Cato Uticensis als Richter fungirt hatte; dort iſt bereits gerade die actio emti auf Gewährleiſtung angeſtellt.

8) Man vergleiche mit dieſem ſchließlichen *non dubitatur* noch die ſchüchterne Ausdrucksweiſe Ulpians in l. 11. §. 3. de actionibus emti (19,1). Redhibitionem quoque contineri emti judicio, et Labeo et Sabinus *putant* et nos *probamus*.

Dieſer Umſtand iſt es auch hauptſächlich, welchem das Eingreifen der Aedilen in dieſer Materie zuzuſchreiben iſt. Das ädilitiſche Edict gab bekanntlich für den Handel mit Sklaven und Vieh in gewiſſen Fällen zwei eigene Rechtsmittel auf Gewährleiſtung, die actio redhibitoria und quanti minoris. Außerdem ſchloß es ſich inſoweit der Praxis des Civilrechts an, als in denſelben Fällen dem Verkäufer Cautionsleiſtung wenigſtens durch nuda repromissio auferlegt wurde.

l. 28. de aedilitio edictio (21,1), l. 4. pr. de evictionibus (21,2).

Die Beſtandtheile jener alten Stipulationsformulare waren nun im Einzelnen folgende: Zunächſt die stipulatio de sanitate mit vielen Details.

Varro l. c. c. 2—5. 7—10.

Die Aedilen verlangten beim Sklavenkauf außer körperlicher Geſundheit (ne quid morbi vitiive sit) auch: fugitivum non esse, erronem non esse.

l. 1. §. 1. de aedilitio edicto (21,1).

Andere Formeln: furem non esse, vespillonem non esse u. ſ. w. kamen daneben in der Praxis vor. Dann kam die stipulatio de noxa: furtis noxisque solutum esse.

Varro l. c. c. 4. 5. 7. 10., l. 1. §. 1. cit.

Endlich das Verſprechen der Evictionsleiſtung wegen juriſtiſcher Mängel, welche urſprünglich in der einfachen Formel *habere recte licere* beſtand.

Varro l. c. c. 2. 3.

Dieſe Formel habere licere zeigte ſich nun aber vor dem Forum der fortſchreitenden Rechtswiſſenſchaft nicht ſtichhaltig, wie wir aus einer ausführlichen Abhandlung über dieſelbe von Ulpian erſehen:

l. 38. pr. de V. O. (45,1). Stipulatio ista: *habere licere spondes?* hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fiat, quominus nobis habere liceat. Quae res facit, ut videatur reus promisisse, per omnes futurum, ut tibi habere liceat; videtur igitur alienum factum promisisse; nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur. Sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat; obligatur etiam, ne heres suus faciat, vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat. Vergl. §§. 1—9. eod., l. 11. §. 18. de act. emti (19,1).

Dieſe Beſchränkung der Obligationswirkung auf die eigenen Facta des Promiſſor und ſeiner Nachfolger machte die Formel für den Zweck einer Evictionsſtipulation völlig unbrauchbar. An demſelben Fehler litt die Formel neque per te, neque per heredem tuum fieri, quominus habere liceat (cf. l. 83. pr. de V. O. 45,1). Die Praxis ſah ſich alſo genöthigt, dieſen Bedenken, wie in ähnlichen Fällen häufig geſchah,

durch eine Pönalſtipulation auszuweichen, welche übrigens in den Formularen des Varro nur beim Sklavenhandel vorkommt.

Varro l. c. c. 10.

Die poena konnte auf einfache Redhibition oder auch auf quanti emtoris interest geſtellt werden (z. B. l. 102. de V. O.); des leichteren Beweiſes halber wurde es aber üblich, das Doppelte des Kaufpreiſes als poena zu ſtipuliren, ſo daß das alterum tantum ein Pauſchquantum für das Intereſſe des Käufers außer der einfachen Redhibition bildete. Dies iſt denn die stipulatio duplae, welche in dem Digeſtentitel: de evictionibus et duplae stipulatione als ein eigenes Inſtitut des Civilrechts eine Art von geſetzlicher Anerkennung gefunden hat. Die Pönalclauſel wurde übrigens nun nicht bloß der Formel habere licere, ſondern dem ganzen alten Formular der Gewährleiſtungscautionen angehängt, ſo daß auch die Clauſeln de sanitate et noxa als Beſtandtheile der stipulatio duplae vorkommen. Vielleicht bezog ſich die ädilitiſche stipulatio duplae auf dieſe ausſchließlich; jedenfalls ſind die Aedilen auch hier wohl nur Nachfolger der civilrechtlichen Praxis geweſen.

Die eigentliche Evictionsſtipulation wurde aber nun bei Kaufverträgen über Gegenſtände aller Art, ſofern ſie nur einen einigermaßen erheblicheren Werth hatten, als ein nothwendiger Beſtandtheil angeſehen.

l. 37. pr. §. 1. de evictionibus (21,2).

l. 49. familiae erciscundae (10,2).

Cujaz[9]) und Gerh. Nordt[10]) haben verſucht, die Formel derſelben nach den zerſtreuten Quellenzeugniſſen zu reconſtruiren. Die Cujaziſche Formel lautet:

> Eum hominem, quem de te emi et accepi, mihi per te heredemque tuum et per omnes *habere recte licere*, et si is homo quo de agitur parsve ejus a me petita erit, vel si eum hominem partemve ejus ego ab alio petiero, tum de ea re agenda adesse, cum tibi heredive tuo denunciavero, et eam recte defendere, et si is homo parsve ejus mihi per judicem evicta erit, vel si eum hominem ego a possessore per judicem evincere non potuerim, tum duplam mihi recte praestari, haec spondesne?

Wahrſcheinlich iſt hier Manches in die Formel hineingetragen, was nur auf Interpretation der Juriſten beruhte; jedenfalls ſteht ſoviel feſt, daß das habere licere Grundbeſtandtheil der Stipulation geblieben iſt.

l. 8. 21. §. 1. 2., l. 24. 25. de evictionibus (21,2).

Die Klage aus dieſer Stipulation war wegen der Bezugnahme auf das noch des Beweiſes bedürftige simplum immer eine condictio in-

9) Paratitl. ad tit. Cod. de evictionibus (8,45).

10) Comment. ad tit. dig. de evictionibus (21,2).

certi, eine actio ex stipulatu; gewöhnlich wird sie durch die Wendungen evictionis nomine agere, teneri bezeichnet, womit namentlich gegenüber der actio emti immer die Stipulationsklage gemeint ist.

Sehen wir nun, welche Stellung neben dieser Klage im classischen Recht die actio emti sich erobert hat. Sie dient zunächst zur Ergänzung einer fehlenden Stipulation; mit der actio emti konnte die Stipulation selbst gefordert werden.

l. 37. pr. de evictionibus (21,2). Emtori *duplam promitti* a venditore *oportet*, nisi aliud convenit, non tamen ut satisdetur, nisi specialiter id actum proponatur, sed tantum ut repromittatur.

Vergl. auch l. 4. pr. l. 6. 56. pr. eod.

l. 31. §. 20. ad aedilit. edictum (21,1). *Quia assidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex emto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat;* ea enim quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire.

l. 11. §. 8. de actionibus emti (19,1). Idem Neratius — ait — *ex emto actionem esse ut habere licere emtori caveatur.*

Bei verweigerter Repromission ging die Klage auf die dupla selbst:

l. 11. §. 9. eod. Idem ait: condemnari satis non dautem, quanti plurimo auctorem periclitari, oportet.

l. 2. de evictionibus (21,2). Si dupla non repromittetur, et eo nomine agatur, dupli condemnandus erit reus.

Paul. rec. sent. II., 17. §. 2. Si res simpliciter traditae evincuntur tanto emptori venditor condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset.

Erst in späterer Zeit wurde als Object der actio emti ganz allgemein das Interesse des Käufers angesehen.

l. 70. de evictionibus (21,2), c. 25. eod. (8,45).

Neben einer Stipulation aber diente die actio emti als subsidiäres Rechtsmittel, so weit die actio ex stipulatu nicht ausreichte. Hierher gehören namentlich alle Fälle, in denen eine wirkliche Eviction nicht stattfand, der Käufer aber dennoch ein Interesse hatte, z. B.: Es wurde nicht die verkaufte Sache selbst, sondern nach dem Verkauf hinzugekommene Accessionen derselben evincirt, die Stipulationsklage war unzulässig,

l. 43. de evictionibus (21,2).

man mußte sich also der actio emti bedienen.

l. 8. 16. pr. 51. §. 3. eod.

Oder: Der Käufer beerbte den wahren Eigenthümer:

l. 41. §. 1. eod. Item si domino servi heres exstiterit

emtor quoniam evinci ei non potest, nec ipse sibi videtur evincere, *non committitur duplae stipulatio. His igitur casibus ex emto agendum erit.*

l. 9. eod. Si vendideris servum mihi Titii, deinde Titius heredem me reliquerit, Sabinus ait *amissam actionem pro evictione*, quoniam servus non potest evinci; *sed ad ex emto actionem decurrendum est.*[11])

Aehnlich, wenn die Käuferin dem wahren Eigenthümer mit der erkauften Sache eine dos beſtellte:

l. 24. eod. *Non tamen ei consequens esse, ut* si ipsi domino nuptura in dotem eum dederit, *committi stipulationem dicamus*, quamvis aeque indotata mulier futura sit, quandoquidem etiamsi verum sit, habere ei non licere servum, illud tamen verum non sit, judicio eum evictum esse: *ex emto tamen contra venditorem mulier habet actionem.*

Auch im Falle einer Confuſion zwiſchen Käufer und Verkäufer konnte möglicherweiſe ein Intereſſe für den Käufer bleiben.

l. 41. pr. eod., l. 2. §. 15. i. f. de actione vel hereditate vendita (18,4), l. 48. ad legem Falcidiam (35,2).

Ferner: Der Käufer hatte den erkauften Sklaven vor erfolgter Eviction freigelaſſen.

l. 25. de evictionibus (21,2). Si servum, cujus nomine duplam stipulatus sis, manumiseris, *nihil ex stipulatione consequi poteris*, quia non evincitur, quo minus habere tibi liceat, quem ipse ante voluntate tua perdideris.

l. 26. Sed hoc nomine, quod libertum quis non habeat, *ex vendito actionem habet*, si scierit venditor alienum se vendere. Sed et si ex causa fideicommissi emtor coactus fuerit eum manumittere, *ex emto actionem habebit.*

Vergl. auch l. 43—45. de act. emti (19,1).

Noch andere Beiſpiele liefern l. 66. §. 2. de evictionibus (21,2), l. 4. pr., l. 11. §. 14., l. 35. de actionibus empti (19,1).

So weit aber die Stipulationsklage reichte — und dies iſt für unſere Betrachtung das Wichtigſte — wurde die actio emti auch von den claſſiſchen Juriſten nicht zugelaſſen. Dies folgt namentlich aus folgenden Stellen:

l. 4. pr. de actionibus empti (19,1). Si servum mihi ignoranti sciens furem vel noxium esse vendideris *quamvis duplam promiseris, teneris mihi ex emto*, quanti mea

11) Hiernach ſcheint in dieſem Falle noch nicht Sabinus, ſondern erſt Paulus überhaupt eine Klage zugelaſſen zu haben. Ein ähnlicher Fortſchritt iſt in l. 11. §. 14. de actionibus emti (19,1) ſichtbar.

intererit scisse, quia ex stipulatu eo nomine agere tecum non possum, antequam mihi quid abesset.[12])

l. 60. de evictionibus (21,2). Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter *simplam evictionis nomine et ex natura ex emto actionis hoc quod interest.*

Wir müssen hier wohl eine Evictionsstipulation älterer Art ohne Pönalclausel voraussetzen; die Ausdrucksweise des Juristen läßt jedenfalls keinen Zweifel, daß er die Anstellung beider Klagen für nothwendig hält, der actio ex stipulatu auf einfache Redhibition, der actio emti auf das sonstige Interesse. Beide Klagen denkt er sich wahrscheinlich in eodem judicio angestellt. (Vergl. Gaj. IV. §. 122.) Ein völlig entscheidendes Zeugniß liefert endlich:

l. 37. §. 2. de evictionibus (21,2). Si simplam pro dupla per errorem stipulatus sit emtor, re evicta consecuturum eum ex emto Neratius ait, quanto minus stipulatus sit, *si modo omnia fecit emtor, quae in stipulatione continentur, quod si non fecerit, ex emto id tamen consecuturum ut ei promittatur, quod minus in stipulationem superiorem deductum est.*

Hier ist ganz deutlich die actio emti auf dasjenige Object, welches mit der Stipulationsklage nicht erreichbar war, beschränkt. Daraus erklärt sich auch die präcise Distinction in l. 11. §. 18. de actionibus empti (19,1):

sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, *sive non est interposita,* ex emto non tenebitur.

Wo von gemeinschaftlichen Eigenschaften beider Klagen die Rede ist, erweckt die Ausdrucksweise der Quellen allerdings zuweilen den Schein, als ob der Kläger zwischen ihnen die Wahl hätte, z. B.:

l. 18. 27. 71. de evictionibus (21,2), c. 8. 25. eod. (8,45), l. 11. §. 12. de act. emti (19,1).

Hier müssen aber stets für jedes Rechtsmittel die besonderen Bedingungen desselben vorausgesetzt werden, wie z. B. für l. 18. cit. de evict. auch die Vergleichung mit l. 17. i. f., l. 19. pr. eod. deutlich ergiebt.

§. 38. Die spätere Entwickelung. Besonderheit der Darlehnsstipulation.

Die stipulatio duplae sollte uns dazu dienen, die Auffassung unserer Hauptfrage im ältesten Rechtszustande zu erläutern; sie kann als ein vereinzeltes Ueberbleibsel desselben betrachtet werden, welches sich

12) Diese Stelle läßt allerdings nur ein argumentum e contrario zu, dessen Richtigkeit der Bestätigung bedarf.

unter der Einwirkung beſonderer Umſtände länger erhalten hat, während im Uebrigen ſchon veränderte Anſchauungen Geltung gewannen. Wir müſſen als das Reſultat der Detailunterſuchung reſumiren, daß bei Stipulationen oder Cautionen über materielle Rechtsgeſchäfte urſprünglich gar nicht gefragt werden darf: acceſſoriſche oder Novationsſtipulation? Die Frage ſetzt das materielle Rechtsgeſchäft als das primäre, die Stipulation als das ſecundäre Element voraus. Das Verhältniß war aber in Wahrheit das umgekehrte. Dem praktiſchen Erfolge nach exiſtirt eine acceſſoriſche Stipulation unter den vorausgeſetzten Umſtänden gar nicht im älteren Recht; der Novation ſieht das Verhältniß zum Theil ähnlich, denn es exiſtirt principaliter nur die Stipulationsklage, aber die Auffaſſung iſt eine grundverſchiedene.

Die weitere Entwickelung der Sache wird am meiſten aufgeklärt durch zwei Stellen, welche das Verhältniß der actio emti zu der Stipulation vacuam possessionem tradi behandeln. Die Vorausſetzungen derſelben ſind allerdings von den unſrigen inſofern verſchieden, als die erſte vielleicht, die zweite aber unbedingt Ungleichzeitigkeit der Stipulation und des Kaufvertrages im Auge hat. Indeſſen wird dadurch der Geſichtspunkt nicht ſo weſentlich verrückt, um eine Vergleichung mit dem bisher Betrachteten unmöglich zu machen. Die erſte dieſer Stellen, von Pomponius, iſt:

> l. 3. §. 1. de actionibus emti (19,1). Si emtor *vacuam possessionem tradi* stipulatus sit, et ex stipulatu agat, fructus non venient in eam actionem, quia et qui *fundum tradi* stipularetur, vacuam quoque possessionem tradi oportere stipulari intelligitur, nec tamen fructuum praestatio ea stipulatione continetur; neque rursus plus debet esse in stipulatione, sed *ex emto superesse ad fructuum praestationem.*

Hier haben wir noch daſſelbe ſubſidiäre Verhältniß der Contractsklage zur Stipulationsklage, wie wir es auch bei der Eviction von Acceſſionen der Hauptſache kennen gelernt haben. Unzweifelhaft will der Juriſt nur auf die Früchte ex emto, auf Tradition der Hauptſache nur ex stipulatu eine Klage geſtatten.

Die zweite Stelle, die ich meine, iſt von Papinian:

> l. 4. de usuris (22,1). Si stipulatus sis: *rem dari, vacuamque possessionem tradi*, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet. An idem de partu ancillae responderi possit, considerandum est. Nam quod ad verba superiora pertinet, sive factum rei promittendi, sive effectum

per traditionem dominii transferendi continent, partus non continetur. Verum *si emtor a venditore novandi animo ita stipulatus est*, factum tradendi stipulatus intelligitur, quia non est verisimile, plus venditorem promisisse, quam judicio emti praestare compelleretur. Sed tamen propter illa verba: vacuamque possessionem tradi potest dici partus quoque ratione committi incerti stipulationem; etenim ancilla tradita, partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset. §. 1. Si post contractam emtionem, ante interpositam stipulationem partus editus, aut aliquid per servum venditori acquisitum est, *quod ex stipulatu consequi non poterit, judicio emti consequetur; id enim quod non transfertur in causam novationis, jure pristino peti potest.*

In dieſer Stelle iſt nun zunächſt ſehr intereſſant die freiere Behandlung der Stipulationsklage und das Beſtreben, die materiellen Abſichten der Partheien auch innerhalb dieſes ſtrengeren Rechtsmittels zur Geltung zu bringen. Papinian gelangt damit für die Frage, ob mit der Stipulationsklage Früchte gefordert werden können, zu einem theilweiſe anderen Reſultat wie Pomponius; indeſſen können wir von dieſer Differenz hier abſehen. Für die vor eingegangener Stipulation erwachſenden Acceſſionen (§. 1. der Stelle) bleibt das Reſultat ſchließlich daſſelbe; ſie können nur mit der Kaufklage, die Hauptſache nur mit der Stipulationsklage gefordert werden. Aber die rechtliche Begründung dieſes Reſultats iſt eine völlig verſchiedene; wir finden bei Papinian zum erſten Male den Namen Novation auf die Wirkung einer mit einer anderen Contractsobligation materiell übereinkommenden Stipulationsformel angewendet. Zum erſten Male wird die Obligation aus dem formloſen Contract als eine ſelbſtſtändige, rechtlich, und hier auch zeitlich präexiſtirende angeſehen, welche dann in der förmlichen Obligation wieder untergeht. Dies iſt nun aber etwas ganz Anderes, als die Novation, wie wir ſie früher als ausgebildetes Inſtitut des älteren Civilrechts kennen gelernt haben. Der Unterſchied zeigt ſich denn auch ſogleich in dem Erfolge; es iſt hier von der mit der älteren Novation nothwendig verbundenen Conſumtionswirkung gar keine Rede, umgekehrt:

quod non transfertur in causam novationis jure pristino peti potest.

Dieſer Satz iſt auf dem Standpunkte Papinians nicht etwa eine allgemeine Regel, im Gegentheil läuft er allen Geſetzen der älteren Novationslehre ſchnurſtracks zuwider. Es iſt vielmehr im vorliegenden Fall nur eine veränderte Ausdrucksweiſe für die ſubſidiäre Stellung, welche der

Contractsklage von Hauſe aus zukam. Es iſt daſſelbe Princip, welches in l. 9. de evictionibus (21,2) lautete:

ad ex emto actionem decurrendum est,

und ſo eben in l. 3. §. 1. de act. emti (19,1)

ex emto superesse debet ad fructuum praestationem.

Dieſe Ausſprüche bezeichnen die Stufenfolge der Entwickelung, welche die Auffaſſung des Verhältniſſes durchgemacht hat.

Ich habe ſchon bei einer früheren Gelegenheit (S. 190) hervorgehoben, daß aus den Worten unſerer Stelle: si emtor a venditore *novandi animo* ita stipulatus sit, an ſich noch nicht gefolgert werden darf, daß Papinian dabei zugleich an die Möglichkeit einer acceſſoriſchen Stipulation gedacht habe. Dieſe bildet allerdings den Schlußſtein der Entwickelung, die wir jetzt betrachtet haben. Mit Sicherheit läßt ſich dieſelbe aber erſt bei Paulus und Ulpian nachweiſen.

Die Stelle des Erſteren, in welcher dieſe neue Function der Stipulation zuerſt Anerkennung gefunden hat, iſt die l. 71. pr. pro socio (17,2), deren Betrachtung wir in §. 37. abgebrochen haben. Wenn bei Eingehung eines Societätscontracts über denſelben eine cautio errichtet wird mit der Schlußformel: haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri, neque adversus ea fieri; si ea ita data facta non erunt, tum decem dari, kann daneben die actio pro socio angeſtellt werden? So lautete die Frage; hören wir jetzt die Antwort:

> Respondit: si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent: haec ita dari fieri spondes? futurum fuisse, ut *si novationis causa id fecissent* pro socio agi non posset, sed tota res in stipulationem translata videretur; sed quoniam non ita essent stipulati: ea ita dari fieri spondes? sed: si ea ita facta non essent, decem dari, non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed duntaxat poenam; non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret, et si non fecisset poenam sufferret, et ideo societatis judicio agi posse.[1])

Wenn man dieſe Entſcheidung lieſt, empfindet man ſogleich als etwas höchſt Auffallendes, daß dasjenige, was uns als die Hauptſache erſcheint, die Abhängigkeit der Novation von dem Willen der Partheien, nur in einem kurzen parenthetiſchen Zwiſchenſatz: si novationis causa id fecissent ausgedrückt iſt, während der ganze übrige Inhalt der Stelle auf eine ſubtile Diſtinction in der Faſſung der Stipulationsformel hinausläuft, die jene Hauptentſcheidung eher zu widerlegen als zu unter-

1) Man vergleiche zu der Stelle die abweichenden Bemerkungen von Liebe Stipulation S. 301 und Savigny Syſtem Bd. V. S. 494 Note b.

stützen scheint. An eine Interpolation durch die Compilatoren kann keinenfalls gedacht werden, weil diese sich, wie in anderen Fällen, viel genauer an die Ausdrucksweise der c. 8. h. t. angeschlossen haben würden. Dagegen wird die Veranlassung zu dem zwiespältigen Inhalt der Stelle sofort klar, wenn man die Beschaffenheit des Werkes in Betracht zieht, aus welchem sie entnommen ist. Die Inscription lautet: Paulus libro 3. epitomatorum Alfeni digestorum; diese Schrift, welche sonst auch unter dem Namen des Alfenus selbst citirt wird, ist ungleich den ähnlichen Arbeiten des Paulus zu Labeo und Neratius, nicht in der Form selbstständiger Noten zu dem Texte des älteren Juristen gehalten, sondern bildet eine fortlaufende Paraphrase, in welcher die responsa des Alfenus den neueren Ansichten gemäß verarbeitet sind. Nach der Fassung unserer Stelle (respondit sibi videri) dürfen wir vollends nicht zweifeln, daß wir in der Hauptsache den Gedankengang des Alfenus Varus, eines noch unter der Republik lebenden Juristen, vor uns haben. Auf der anderen Seite ist es nach dem, was ich früher über den Sprachgebrauch von novandi animo und novationis causa festgestellt habe, unmöglich, ihm den hervorgehobenen Zwischensatz zuzuschreiben; dieser muß also ebenso gewiß für einen Zusatz des Epitomators gelten. Dies vorausgeschickt, macht die Interpretation der Stelle keine Schwierigkeit mehr; wir müssen die Entscheidungsgründe des Alfenus und des Paulus vollständig von einander sondern. Jener stützt die Zulässigkeit der actio pro socio im vorliegenden Falle nur auf die der Stipulationsclausel gegebene Gestalt einer Pönalstipulation; bei einer im Objecte mit dem Consensualcontract identischen Stipulationsformel läugnet er sie, denn wir müssen in seinem Sinne so lesen:

> si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent: *haec ita dari fieri spondes?* futurum fuisse, ut — *pro socio agi non posset, sed tota res in stipulationem translata videretur.*

Hiermit haben wir also für das ältere Recht eine directe Bestätigung des Grundsatzes, von dem wir ausgingen. Es ist für die Contractsklage neben der gleichwerthigen Stipulationsklage kein Raum vorhanden; die Societät wird von dem Verbalcontract vollständig absorbirt, als Consensualcontract gelangt sie gar nicht zur Entstehung. Gleichzeitig ersehen wir aber, daß diese Auffassung dem Rechtsbewußtsein des Paulus nicht mehr entsprach; durch seinen Zusatz: si novationis causa id fecissent wird sie nicht nur beschränkt, sondern vollständig umgestoßen. Die Obligation ex consensu ist für ihn ein selbstständiges, von dem gleichzeitigen Stipulationsact unabhängiges Recht geworden, mit dem die Partheien machen können, was sie wollen. Sie können es untergehen lassen, dann geschieht dies durch einen neben der Stipulation hergehenden

Liberationsact, der nur zufolge einer Aehnlichkeit des Erfolges den Namen Novation annimmt; sie können die Conſenſualobligation auch neben der Stipulation aufrecht erhalten, dann bleibt jene das Principale, dieſe iſt auf den Werth eines acceſſoriſchen Sicherungsmittels herabgedrückt.

Wir haben jetzt einen klaren Einblick in den Gang der Entwickelung gewonnen; die Unterſuchung hat nur noch einzelne Erſcheinungen, welche mit unſerem Gegenſtande mehr oder minder zuſammenhängen, nachzuholen, um das entworfene Bild zu vervollſtändigen und abzurunden.

Zunächſt: wir haben von den materiellen Stipulationen bisher nur stipulationes incerti, größtentheils ad faciendum in Betracht gezogen. Es können aber auch stipulationes certi dieſelbe Rolle übernehmen, z. B. vor Allem eine Stipulation über Kaufgeld. Wir haben ſchon oben in der Darſtellung des Varro eine ſolche Stipulation als integrirenden Beſtandtheil eines alten Kaufcontractsformulars kennen gelernt, und zwar eingeſchoben zwiſchen die eigentliche emtio und die Gewährleiſtungscaution:

> Cum emptor dixit: tanti sunt mi emptae? et ille respondit: sunt, *et expromisit numos*, emtor stipulatur prisca formula etc.

Derſelbe Ausdruck expromittere pecuniam wiederholt ſich in folgender Stelle, von Alfenus Varus:

> l. 14. de exceptionibus (44,2). Filiusfamilias *peculiarem servum vendidit et pretium stipulatus est;* is homo redhibitus et postea mortuus est, et pater ejus pecuniam ab emtore petebat, quam filius stipulatus erat. Placuit aequum esse, in factum exceptionem eum objicere, quod *pecunia* ob hominem illum *expromissa esset*, qui redhibitus est.

Man darf bei dem allgemeineren Gebrauch des Wortes expromittere hier nicht auf eine Novation älteren Styles mit der Formel: quidquid ex vendito dare facere oportet ſchließen, die allerdings auch vorkommt (l. 27. h. t.). Viel wahrſcheinlicher wurde die Stipulation einfach auf die Geldſumme unter Bezugnahme auf den vorangegangenen Kauf gerichtet, etwa mit der Formel eam pecuniam, qua de agitur, ebenſo wie ſpäter illasce oves, qua de re agitur.[2]) Unter Umſtänden wurden natürlich auch complicirtere Formeln nothwendig. Cato theilt (de re rustica c. 146.) das Formular eines praeconium mit, in welchem die olea pendens eines Grundſtücks zum Kauf ausgeboten wird. Danach ſoll der Käufer außer dem Kaufpreiſe eine centesima als Zuſchlag, für das praeconium 50 Seſterzen, und dem Käufer an Oel romanici pondo V, viridis pondo CC, oleae caducae mo-

2) Vergl. auch l. 25. de actionibus emti (19,1).

dios L, strictivae modios X und mehreres Andere geben. Der Kaufpreis soll nach zehn Monaten bezahlt und für Alles Sicherheit bestellt werden:

> *recti haec dari fierique*, satisque dari domino aut cui jusserit promittito, satisque dato arbitratu domini.

Hier ist also wiederum an eine ausführliche cautio mit der gewöhnlichen Schlußformel gedacht. In einem ähnlichen Falle (l. 39. §. 1. de contrahenda emtione 18,1) kommt: *decem pondo olei, quod natum esset* als Bestandtheil der Stipulationsformel vor. Unter Umständen ist die Stipulation dann auch eine incerta, z. B. wenn Zumessung der verkauften Sache vorbehalten ist.

l. 40. §. 2. eod.

Sehr natürlich konnte mit einer materiellen Stipulation dieser Art eine Zinsstipulation verbunden werden. Z. B. c. 3. ad SC. Macedonianum (4,28) [3]).

Die Behandlung dieser Art von Stipulationen hat offenbar ganz denselben Entwickelungsgang durchgemacht, den wir bei denen des Käufers kennen gelernt haben. Anfangs ist von der actio venditi gar nicht die Rede, wenngleich die Wendung expromittere hier schon früher auf die Vorstellung einer durch die Stipulation verdrängten selbstständigen Contractsobligation deutet. Für ein concurrirendes Verhältniß beider Klagen könnte allenfalls die folgende Stelle angeführt werden:

> l. 3. de rescindenda venditione (18,6). Emtio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta. Ideoque quaesitum est: si emtor fidejussorem acceperit, *vel venditor stipulatus fuerit*, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Julianus scripsit, *ex emto quidem agi non posse*, quia bonae fidei judicio exceptiones pacti insunt, an autem fidejussori utilis sit exceptio videndum. Et puto liberato reo et fidejussorem liberari. *Item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet.* Idemque juris est, si emtor quoque rem in stipulationem deduxerit.

Hier ist aber offenbar von der actio ex emto unter einer anderen Voraussetzung als von der actio ex stipulatu die Rede, nämlich der, daß für die Obligation aus dem Consensualvertrage eine Bürgschaft bestellt ist, was ja auch ohne Stipulation über die Hauptschuld möglich war. Es darf also diese Stelle als ein Beispiel accessorischer Stipulation noch nicht gelten; wenngleich nach dem, was wir oben gesehen haben, nicht zu bezweifeln ist, daß eine solche, wenn auch noch nicht von

3) Ein ferneres Beispiel von Kaufgeldstipulation liefert l. 3. §. 3. de SC. Macedoniano (14,6), von Pachtgeldstipulation l. 58. pr. de fidejussoribus (46,1).

Julian, doch gewiß von Paulus, von welchem die Stelle herrührt, für möglich angenommen ist. Jedenfalls deutet der Schlußsatz auch hier auf vollständigen Parallelismus zwischen actio emti und actio venditi.

Eine andere Verwendung von stipulationes certi zu materiellen Stipulationen haben wir bereits kennen gelernt, nämlich die Darlehnsstipulation nach dem Formular der l. 40. de rebus creditis (12,1) und l. 126. §. 2. de V. O. (45,1)[4]). Dieser Fall hat nun aber eine sehr naheliegende Eigenthümlichkeit; hier existirt nämlich keine von der Stipulationsklage verschiedene Contractsklage; die Darlehnsklage ist identisch mit der Klage aus der Stipulation, beide sind die condictio certi: si paret centum dare oportere. Das Darlehn hat demgemäß auch der Stipulation gegenüber nicht zu derselben Selbstständigkeit gelangen können, wie die übrigen mit einer eigenen Klage ausgestatteten Contracte. Die Römer kennen bei einer Concurrenz des Darlehns mit der Stipulation nur einen Contract, nur eine Obligation, wie aus den bekannten charakteristischen Quellenaussprüchen über diesen Gegenstand hervorgeht:

l. 126. §. 2. de V. O. — Quoties pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, *non duae obligationes nascuntur, sed una verborum.*

l. 6. §. 1. h. t. Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, *unus contractus est.*

l. 7. eod. Cum enim pecunia mutua data stipulamur, *non puto obligationem numeratione nasci, et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur ut sola stipulatio teneat et magis implendae stipulationis gratia numeratio intelligenda est fieri.*

Der einzige Fortschritt in der Entwickelung, der hier möglich war, ist der, daß für die einheitliche Obligation, für die eine Klage, ein doppelter Entstehungsgrund anerkannt wird. Dies ist die Auffassung von Ulpian und Modestinus:

l. 9. §. 3. de rebus creditis (12,1). — Ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, sive re fuerit contractus factus, sive verbis, *sive conjunctim.*

l. 52. pr. de O. et A. (44,7). Obligamur aut re, aut verbis, *aut simul utroque.* — §. 3. *Re et verbis pariter obligamur.* cum et res et interrogatio intercedit.

Mit der Darlehnsstipulation ist die Stipulation auf Rückgabe der dos nahe verwandt, deren regelmäßige Formel dotem reddi jedoch zu den stipulationes incerti zählte. Auch hier hat insofern eine Anomalie gegen den sonstigen Entwickelungsgang stattgefunden, als, wie ich schon oben angedeutet habe, die actio rei uxoriae gegenüber der actio ex

4) S. oben S. 200.

stipulatu ein subsidiäres Rechtsmittel geblieben und zu einer Concurrenz mit derselben bis in das Justinianische Recht nicht gelangt ist. Die Gründe dieser Erscheinung werden in einem späteren Zusammenhange besser als jetzt klar gemacht werden können,[5]) weshalb es hier bei der bloßen Erwähnung bewenden mag.

§. 39. Die Pönalstipulationen. Die prätorischen satisdationes wegen künftiger Ansprüche.

In unmittelbarem Zusammenhange mit dem Gegenstande unserer Betrachtung steht auch das Verhältniß der Pönalstipulation zur Hauptobligation, wenngleich dasselbe von den älteren Commentatoren mit Unrecht der Novationslehre direct zugezählt worden ist. Man hat in dieser Materie früher mehrere gar nicht zusammengehörige Dinge mit einander verwirrt.[1]) Um zum klaren Verständniß der einschlagenden Quellenstellen zu gelangen, ist es nothwendig, auf den Entwickelungsgang der römischen Cautelarjurisprudenz, in welcher die Pönalstipulationen ein wesentliches Vehikel bildeten, etwas genauer zu achten.

Ich habe schon gelegentlich der stipulatio duplae darauf aufmerksam gemacht, welche Umstände hauptsächlich die stipulationes poenae nomine zu einer bei den Römern sehr beliebten Stipulationsform machten, nämlich einestheils die Unmöglichkeit, gewisse Gegenstände, z. B. facta aliena, direct wirksam zu stipuliren,

l. 38. §. 2. de V. O. (45,1),

andrerseits die Bequemlichkeit, eine bestimmte Summe anstatt des schwer festzustellenden Interesse als Forderungsobject zu gewinnen.

l. 11. de stipulationibus praetoriis (46,5) §. 7. inst. de verborum obligatione (3,16).

Immerhin aber war dieses Auskunftsmittel ein Umweg, der seine anderweitigen Inconvenienzen hatte. Das eigentliche Ziel der Stipulation steckte nun nicht mehr in ihrem Object, sondern in der Bedingung, zu deren Erfüllung der Schuldner sich entschließen sollte, um der Verurtheilung in die Strafe auszuweichen. Eine Klage, eine Obligation hatte der Gläubiger nur auf die poena, während er eigentlich eine andere Leistung haben wollte:

l. 44. §. 5. de O. et A. (44,7). Si ita stipulatus sim: si fundum non dederis, centum dare spondes? *sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.*

5) S. unten §. 66.

1) Einen wesentlichen Fortschritt enthält bereits die Darstellung von Liebe Stipulation §. 24., der auch einen Theil der älteren Litteratur zusammengestellt hat. S. 309 Note 1.

c. 14. de pactis (2,3). Si pacto, quo poenam adversarium tuum promisisse proponis, stipulatio subjecta est, ex stipulatu agens *vel id, quod in conventionem devenerat, ut fiat consequeris, vel poenam stipulatione comprehensam more judiciorum exiges.*

Dieſe Obligation auf die poena folgte nun den allgemeinen Regeln bedingter Obligationen; die Erfüllung konnte erſt gefordert werden, wenn die Bedingung eingetreten war. Die Bedingung mußte aber, wenn eine poſitive Leiſtung beabſichtigt war, negativ gefaßt werden, und konnte deshalb erſt dann für eingetreten gelten, wenn die Leiſtung unmöglich geworden war — ein Reſultat, welches der Abſicht des Gläubigers in der Regel keineswegs entſprach. Ein gewöhnliches Auskunftsmittel, um dieſer Schwierigkeit zu entgehen, war ein in die Bedingung eingefügter dies, der dann die ganze Obligation zu einer betagten machte, z. B.:

l. 8. 10. 27. §. 1. l. 72. §. 1. l. 99. §. 1. l. 113. pr. de V. O. (45,1).

Die römiſchen Juriſten erfanden aber noch ein anderes Hülfsmittel, welches darin beſtand, daß der Pönalclauſel eine directe Stipulation auf das gleiche Object vorausgeſchickt wurde. Bei einer ſo gefaßten Stipulationsformel wurde ex sententia contrahentium die Klage auf die poena ſofort zugelaſſen. Der ganze Gang dieſer Entwickelung ergiebt ſich klar aus der folgenden Stelle von Papinian:

l. 115. de V. O. Ita stipulatus sum: *te sisti in certo loco? si non stiteris, quinquaginta aureos dare spondes?* Si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, quum id ageretur, ut certo die sisteres, imperfecta erit stipulatio. Quodsi ab initio id agebatur, ut quocunque die sisteres, et si non stitisses, pecuniam dares, quasi quaelibet stipulatio sub conditione concepta vires habebit, nec ante committetur, quam fuerit declaratum, reum promittendi sisti non posse. §. 1. Sed et si ita stipulatus fuero: *si in Capitolium non ascenderis,* vel *Alexandriam non ieris, centum dare spondes?* non statim committetur stipulatio, quamvis Capitolium ascendere vel Alexandriam pervenire potueris, sed quum certum esse coeperit, te Capitolium ascendere vel Alexandriam ire non posse. §. 2. Item si quis ita stipuletur: *si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?* Pegasus respondit: non ante committi stipulationem, quam desiisset posse Pamphilus dari. Sabinus autem existimabat, ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum, et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu

per promissorem non steterit, quominus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae;[2]) etenim heredem, si dari potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit; idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. Itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a conditione coeperit, veluti: *si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?* Sed ita concepta sit stipulatio: *Pamphilum dare spondes? Si non dederis, tantum dare spondes?* Quod sine dubio verum est, quum id actum probatur, ut si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. Sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.

In der letzten combinirten Stipulationsformel war also der erste Bestandtheil Pamphilum dare spondes? in der Regel nur dazu bestimmt, die nachfolgende Pönalstipulation in der angedeuteten Richtung näher zu erläutern; eine selbstständige obligatorische Wirkung wurde ihm gar nicht beigelegt, es sei denn, daß besondere Umstände, wie etwa Ungültigkeit der Pönalstipulation, dazu Veranlassung gaben.

l. 97. pr. l. 126. §. 3. de V. O. (45,1).

Vergl. auch l. 1. §. 6. de stipulatione servorum (45,3).

Es war nur eine Stipulation beabsichtigt. Dies ist es nun, was Paulus in l. 44. §. 6. de O et A. (44,7) folgendermaßen ausdrückt:

Sed si navem fieri stipulatus sim, et si non feceris centum, videndum *utrum duae stipulationes sint*, pura et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem, *an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat?* Quod magis verum est.

Ausnahmsweise konnte die Absicht allerdings auch dahin gehen, daß die Strafe cumulativ neben der Hauptleistung gefordert werden solle, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur. Ob diese Ausnahme vorlag, war nach l. 115. cit. de V. O. nur Sache der Willensinterpretation; mit der Novationslehre hat diese Frage aber gar nichts zu thun, und nur die ganz uneigentliche Bezeichnung *quasi novatio* hat die älteren Commentatoren veranlaßt, sie damit in Verbindung zu setzen.

Von viel größerem Interesse für uns ist das Verhältniß der Pönalstipulation zu der Obligation aus einem formlosen Vertrage. In dieser

2) Ich verzichte darauf die hier berührte Analogie des Legats näher zu erörtern und verweise deshalb auf die eingehende Untersuchung bei Liebe a. a. O.

Beziehung gilt der einfache Grundsatz, daß die Contractsklage durch die Stipulationsklage auf die poena nicht afficirt wird, weil beide ein ganz verschiedenes Object haben. Die Regel ist aber auch hier wieder, daß beide Objecte nicht cumulativ neben einander gefordert werden können, sondern daß sich der Kläger die Strafe auf sein mit der Contractsklage zu verfolgendes Interesse anrechnen lassen muß. Diese Grundsätze sind übereinstimmend ausgesprochen in folgenden Stellen:

l. 28. de act. emti (19,1). Praedia mihi vendidisti et convenit ut aliquid facerem, quod si non fecissem poenam promisi. Respondit: venditor ante, quam poenam ex stipulatu petat, *ex vendito agere potest;* si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit; si ex stipulatu poenam consecutus fuerit, ipso jure ex vendito agere non poterit, nisi in id quod pluris ejus interfuerit id fieri.

l. 10. §. 1. de pactis (2,14). Si pacto subjecta sit poenae stipulatio, quaeritur utrum pacti exceptio locum habeat, an ex stipulatu actio? Sabinus putat quod est verius, *utraque via uti posse, prout elegerit* qui stipulatus est, si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum esse accepto eum stipulationem ferre.

l. 122. §. 2. de V. O. (45,1). Flavius Hermes hominem Stichum manumissionis causa donavit et ita de eo stipulatus est: *Si homo Stichus, de quo agitur, quem hac de tibi donationis causa manumissionisque dedi, a te heredeque tuo manumissus vindictaque liberatus non erit, quod dolo malo meo non fiat, poenae nomine quinquaginta dari stipulatus est Flavius Hermes, spopondit Claudius.* Quaero: an Flavius Hermes Claudium de libertate Stichi convenire potest? Respondit: *nihil proponi, cur non possit.*

l. 71. pr. i. f. pro socio (17,2). — Quoniam non ita essent stipulati: *ea ita dari fieri spondes*? Sed *si ea ita facta non essent, decem dari?* non videri sibi rem in stipulationem pervenisse sed duntaxat poenam; non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret, et si non fecisset, poenam sufferret, et ideo *societatis judicio agi posse.*

In den beiden letzten Stellen ist die specielle Fassung der Stipulation ersichtlich, und zwar ist es in l. 122. §. 2. de V. O. eine reine Pönalstipulation, in l. 71. pr. pro socio aber ist es, wie der Eingang der Stelle ergiebt, eine combinirte Formel der vorhin beschriebenen Art: haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri, neque adversus ea fieri; si ea ita data facta non erunt, tum decem dari? Auf

diese Formelfassung bezieht sich speciell die Argumentation des Alfenus Varus. Zuerst hatte derselbe nur den ersten Bestandtheil der Formel in Betracht gezogen und gefunden, daß neben diesem die actio pro socio nicht bestehen könne. (S. oben S. 235.) Jetzt hebt er hervor, daß der erste Bestandtheil der Formel keine selbstständige Bedeutung habe: non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed duntaxat poenam — übereinstimmend mit l. 44. §. 6. cit. de O. et A. Eben deshalb aber könne die Stipulation auf die Contractsklage keinen absorbirenden Einfluß üben, weil ein solcher nur der in rem ipsam concipirten materiellen Stipulation, nicht der Pönalstipulation zukommt.

In scheinbarem Widerspruch mit den mitgetheilten Stellen steht die folgende:

> l. 41. pro socio (17,2). Si quis a socio poenam stipulatus sit, *pro socio non aget*, si tantundem in poena sit, quantum ejus interfuit.

weil nach der Ausdrucksweise dieser Stelle, wie wir sie jetzt vor uns haben, die actio pro socio durch die Pönalstipulation als solche, nicht erst durch den Empfang der poena ausgeschlossen sein würde. Die Stelle darf aber nur im Zusammenhange mit der gleich folgenden verstanden werden:

> l. 42. eod. Quodsi ex stipulatu eam consecutus sit, postea *pro socio agendo hoc minus accipiet, poena ei in sortem imputata.*

Beide Stellen sind aus verschiedenen Büchern von Ulpian's Sabinuscommentar entnommen und von den Compilatoren in einen künstlichen Zusammenhang gebracht worden. Zu diesem Zwecke ist jedenfalls eine gewisse Umgestaltung der ersten Stelle erforderlich gewesen, welcher allein wir die gerügte Ungenauigkeit des Ausdrucks zuzuschreiben haben. Was Ulpian gesagt hat, war gewiß nur das, daß wenn das Interesse des Socius die Strafe nicht überstieg, nur das eine mit der actio ex stipulatu oder das andere mit der actio pro socio, nicht beides neben einander gefordert werden könne, womit er in vollem Einklange zu den übrigen mitgetheilten Stellen bleibt.

Ein anderer Einwurf könnte vielleicht von der stipulatio duplae hergenommen werden; auch diese war eine Pönalstipulation und schloß dennoch, wie wir gesehen haben, die actio emti aus. Diese Anomalie wird aber sehr erklärlich, wenn wir in Betracht ziehen, daß diese Stipulation als ein wesentlicher Bestandtheil des Kaufcontracts angesehen wurde, ihr Object also nicht, wie bei den übrigen Pönalstipulationen, von dem der actio emti verschieden war.

Schließlich ist in diesem Zusammenhange an einige prätorische Stipulationen zu erinnern, welche den materiellen Conventionalstipulationen in-

sofern gleich stehen, als ihr Object mit dem einer andern Klage identisch ist. In diesem Verhältnisse steht z. B. die stipulatio judicatum solvi zur actio judicati

l. 9. judicatum solvi (46,7),

die stipulatio rem pupilli salvam fore zur actio tutelae

l. 1. 9. 11. rem pupilli (46,6),

die cautio legatorum servandorum causa zur actio ex testamento

l. 1. §. 14. ut legatorum (36,3),

die cautio Muciana ebenso zur actio ex testamento oder hereditatis petitio. Die Aehnlichkeit mit den bisher betrachteten stipulationes in contrahendo ist jedoch nur eine äußerliche. Diese prätorischen Stipulationen haben einen ganz anderen Zweck und eine ganz andere Bedeutung; sie sind sämmtlich zugleich satisdationes und dazu bestimmt, zu einer Zeit, wo die Hauptklage noch gar nicht existirt, Sicherstellung zu ermöglichen. Die Hauptklage wird also hier jedesmal als ein selbstständiges, wenn auch im Erfolge noch hypothetisches Rechtsmittel vorausgesetzt; die Stipulation ist niemals das primäre Element, sondern das Product einer besonderen richterlichen Intervention im Interesse gewisser schutzbedürftiger Personen. Von der cautio Muciana z. B. wissen wir zudem, daß sie ganz neuen Ursprungs ist, und deshalb gewiß nicht auf die Hauptklage einen absorbirenden Einfluß üben konnte. Die genannten prätorischen Stipulationen sind deshalb auch von Hause aus accessorische Stipulationen gewesen, und stehen zu der von uns verfolgten Entwickelung nur insofern in Beziehung, als sie möglicherweise das Zurücktreten der Conventionalstipulationen in dieselbe Stellung durch Analogie haben befördern helfen. Wir haben für diese Eigenschaft derselben folgende Zeugnisse:

l. 8. §. 3. h. t. Idem Celsus ait: *judicatum solvi stipulatione actionem judicati non novari;* merito, quia hoc solum agitur ea stipulatione, ut et fidejussoribus cautum sit, non ut ab obligatione judicati discedatur.

Paul. rec. sent. V. 9. §. 3. Quoties judicatum solvi stipulatione satisdatur, *omissa ejus actio rei judicatae persecutionem non excludit.*

l. 9. pr. h. t. Si pupillus sine tutoris auctoritate *rem salvam fore stipulatus*, pubes factus ratam stipulationem habuerit novandi causa, tollitur tutelae actio. Si non habuerit ratum, *licet tutelae egisset, habet tamen adhuc ex stipulatu actionem*, sed judex tutelae non aliter condemnare debet, quam si ex stipulatione liberatio fiet.

Für die übrigen genannten Stipulationen fehlt es an ausdrücklichen Beweisstellen, unzweifelhaft müssen sie aber in demselben Verhältniß zu der Hauptklage gedacht werden.

§. 40. Materielle Stipulationen im Verhältniß zu vorausgegangenen Verbindlichkeiten.

Die Unterſuchung derjenigen materiellen Stipulationen, welche mit dem Hauptgeſchäft gleichzeitig, in contrahendo, abgeſchloſſen wurden, iſt hiermit beendigt. Ich wende mich jetzt zu der Betrachtung desjenigen Falles, in welchem eine materielle Stipulation ex post, nachdem das Hauptgeſchäft bereits ſelbſtſtändiges Leben gewonnen hat, eingegangen wird.

Dergleichen nachträgliche materielle Stipulationen oder Cautionen waren unter den verſchiedenſten Verhältniſſen brauchbar und üblich, z. B. wenn für eine beſtehende Schuld ganz oder theilweiſe längerer Credit gegeben wurde:

l. 122. §. 5. de V. O. (45,1). Seja heres unius tutoris cum herede pupillae transactione pacto solo facta, majorem partem solvit, *in residuam cavit.*

c. 2. de communium rerum alienatione (4,52). — Emtor a coheredibus delegatus partem pretii fisco solvit, *alteramque in cautionem deduxit.*

c. 15. de fidejussoribus (8,41).

Ferner, wenn in Folge einer Abrechnung die Schuld auf einen gewiſſen Beſtand feſtgeſtellt werden ſollte z. B.

l. 24. de pecunia constituta (13,5). Titius Sejo epistolam emisit in haec verba: *Remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo Idibus Majis probos; quodsi ad diem suprascriptum non dedero, tunc dare debebo usuras tot.* Quaero: an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit? Marcellus: respondit: *si intercessisset stipulatio,* successisse.

c. un. de errore calculi (2,5).

Einer allgemeinen Gewohnheit zufolge wurden namentlich bei einer Theilung der Schuld durch Erbgang von den Miterben über ihre Antheile neue Cautionen ausgeſtellt:

c. 1. si certum petatur (4,2). — Explorati juris est, hereditaria onera ad scriptos heredes pro portionibus hereditariis, non pro modo emolumenti pertinere. Quod nec tu ipse ignorare videris, quum *creditoribus secundum formam veteris juris pro portione tua caveris.*

l. 31. de conditione indebiti (12,6).

In den meiſten dieſer Stellen iſt nur von der obligatoriſchen Wirkung der Stipulation, nicht von dem Verhältniß der neuen Obligation zu der alten die Rede. Jedoch giebt eine der mitgetheilten Stellen auch

in dieſer Beziehung bereits einen beſtimmten Anhalt, nämlich l. 24. cit. de pecunia constituta. Die Frageſtellung ſowohl als das responsum des Marcellus ſprechen hier von einer Succeſſion des Vormundes in die Stelle ſeiner Pupillen; alſo nicht nur von der Obligation des Erſteren, ſondern auch von der Liberation der Letzteren. Dieſer Umſtand tritt beſonders dann hervor, wenn man die verſchiedene Ausdrucksweiſe in dem Schlußſatz der Stelle in Betracht zieht:

Item quaero: an *si non successisset, de constituta teneatur?*
Marcellus respondit: *in sortem teneri.*

Der Gegenſatz, in welchen hier Stipulation und Conſtitutum geſetzt ſind, iſt für unſere Frage von allgemeinerem Intereſſe. Neben der actio de pecunia constituta blieb bekanntlich die Klage aus der urſprünglichen Obligation beſtehen;

l. 18. §. 3., l. 28. eod., l. 15. de in rem verso (15,3),

neben der actio ex stipulatu nicht, Marcellus hat für dieſen Fall offenbar nicht einmal an die Möglichkeit einer fortdauernden Klage ex contractu pupillorum gedacht. Der Grund dieſer Verſchiedenheit kann nach dem, was ich früher über die allmähliche Entwickelung concurrirender Contractsklagen geſagt habe, nicht zweifelhaft ſein. Die actio de pecunia constituta, als das neuere prätoriſche Rechtsmittel, gewann nicht die Kraft, die Selbſtſtändigkeit der bereits beſtehenden Klage zu überwinden; neben der Stipulationsklage als dem uralten Inſtitut des jus civile konnte umgekehrt die ſchwächere Contractsklage ihre Exiſtenz nicht behaupten. Dieſer Zuſammenhang iſt beſonders dann einleuchtend, wenn wir von dem complicirteren Falle des Eintritts einer neuen Perſon, um den es ſich in der vorliegenden Stelle handelte, abſehen und zunächſt an das Verhältniß der Stipulation unter denſelben Partheien zu dem constitutum debiti proprii denken.

Die Stipulation wirkte alſo auf die Hauptklage ex post ebenſo abſorbirend wie in continenti; eine acceſſoriſche Stipulation gab es im älteren Recht nicht. Da aber die Hauptklage, und alſo auch die Hauptobligation in der Zwiſchenzeit exiſtirt hat, und durch das Hinzukommen der Stipulation wieder untergeht, ſo iſt die Wirkung hier der Novation des alten Rechts noch viel ähnlicher als dort. Es iſt deshalb auch nicht zu verwundern, wenn der Name der Novation auf dieſen Fall noch früher übertragen worden iſt, als auf jenen. Ich hebe als Beiſpiele deſſen in chronologiſcher Folge drei Quellenſtellen hervor:

l. 20. de SC. Macedoniano (14,6) (Pomponius). Si is cui, dum in potestate patris esset, mutua pecunia data fuerat, paterfamilias factus, per ignorantiam facti *novatione facta*, eam pecuniam expromiserit, si petatur ex ea stipulatione, in factum excipiendum erit.

l. 4. de usuris (22,1) (Papinianus). — Si emtor a venditore *novandi animo* ita stipulatus est (rem dari vacuamque possessionem tradi) — quod non transfertur *in causam novationis*, jure pristino peti potest.

l. 4. §. 4. de re judicata (42,1) (Ulpianus). Si ex conventione litigantium cautum sit post rem judicatam ei cui quis condemnatus est, eveniet, ut hic etiam recedatur, *si modo novatio intercessit; ceterum si non novandi causa id factum est, manebit ordo exsecutionis.*

Die erste Stelle kann erst in einem späteren Zusammenhange (§. 48.) vollständig erläutert werden. Sie ist für unsere gegenwärtige historische Untersuchung um deswillen nicht beweisend, weil sie, wie wir dort sehen werden, der Interpolation verdächtig ist. Die zweite Stelle habe ich bereits (S. 232) ausführlich besprochen. Die dritte erkennt wiederum zuerst die Möglichkeit einer accessorischen Verbindlichkeit aus der Stipulation an; daher ist denn hier auch die Novation von der besonderen Willensrichtung der Partheien abhängig.

Ich habe bisher einen Fall übergangen, der unter einen einigermaßen anderen Gesichtspunkt gebracht werden muß, nämlich den zweier auf einanderfolgender materieller Stipulationen über dasselbe Object. Dies ist für das spätere römische Recht, in welchem die Herrschaft schriftlicher, der Stipulationsclausel selten entbehrender Verträge allgemein geworden war, der Hauptfall der Novation überhaupt. Die interpretatio zu dem westgothischen Paulus (rec. sent. V, 8.) geht sogar soweit, von ihm die Definition derselben zu entnehmen:

novatio fit, quoties cautio[1]) renovatur.

Hier kann nun allerdings von einer stärkeren und einer schwächeren Klage nicht die Rede sein; beide sind an sich ejusdem potestatis. Bei dem analogen Zusammentreffen abstracter Stipulationsformeln im älteren Recht handelte es sich, wie wir gesehen haben, unter diesen Umständen darum, ob in posteriore stipulatione aliquid novi war. Davon war das Ueberwiegen der einen oder der anderen Stipulation abhängig. An eine gleichzeitige Geltung beider war nicht zu denken. Daß diese auch bei materiellen Stipulationen ursprünglich nicht als möglich anerkannt wurde, ersehen wir aus dem prooemium zu Justinians c. 8. h. t., in welchem der Fall, *si quis cautionem juniorem*[2]) *acceperit* als einer derjenigen aufgezählt wird, ex quo veteris juris conditores intro-

1) Die Lesart causa statt cautio ist hier nur Conjectur.

2) Die älteren Ausgaben lesen hier minorem; die Lesart juniorem ist aber handschriftlich besser beglaubigt (vergl. die Note zur Kriegelschen Ausgabe) und auch aus inneren Gründen wahrscheinlicher. Denn cautionem minorem accipere würde mit dem vorangegangenen: qui quantitatem minuendam esse crediderit eine Tautologie bilden.

ducebant novationes. Auch hier ist also eine mit dem Gesammtbilde übereinstimmende Entwickelung wahrnehmbar. Der speciellere Gang derselben ist weniger kenntlich geblieben, weil er überwiegend der nachclassischen Periode der Rechtsbildung angehört. Die Sache selbst reicht aber auch weiter zurück; als Beispiele mögen dienen:

l. 57. pr. de administratione tutorum (26,7) Chirographis debitorum exustis, — ex inventario tutores convenire eos possunt ad solvendam pecuniam aut *ad novationem faciendam* cogere.

In dieser Stelle von Scävola ist die Lesart, wie ich oben (S. 133, Note 2) schon angedeutet habe, verdächtig und vielmehr novam cautionem zu vermuthen. Dagegen findet sich der Ausdruck auch in der folgenden Stelle desselben Juristen, in welcher von nomina hereditaria die Rede ist, die der Prätor der civitas Sebastenorum auf ein bedingtes Legat adjudicirt hatte,

l. 21. §. 3. de annius legatis (33,1). — Respondi rempublicam voluntati testatoris parere compellendam ac nisi faciat in his quidem summis, quae *per numerationem vel novationem solutae* sunt, utili repetitione heredes adjuvandos, ab his vero nominibus, quae *neque solverunt reipublicae*, *neque novatione abscesserunt a pristina obligatione*, non prohibendos quo minus debitum petant.[3])

An eine Novationsstipulation älterer Art ist hier wahrscheinlich ebensowenig zu denken, wie in l. 20. cit. de SC. Macedoniano; die Beschaffenheit der nomina ist allerdings nicht ersichtlich, es liegt aber doch am nächsten, hierunter schon materielle cautiones in unserem Sinne zu verstehen. Dasselbe gilt von der folgenden Stelle Papinians:

l. 3. §. 2. de administratione rerum ad civitates pertinentium (50,8). In eum qui administrationis tempore creditoribus reipublicae *novatione facta pecuniam cavit*, post depositum officium actionem denegari non oportet.

Eine gelegentliche Bemerkung über das Verhältniß zweier auf einander folgender Stipulationen über dasselbe Object findet sich endlich in folgender Stelle des Paulus:

l. 27. §. 2. de pactis (2,14). — Prius pactum per posterius elidetur; non quidem ipso jure, *sicut tollitur stipulatio per*

3) Ich will nicht so weit gehen auch in dieser Stelle die Autorschaft Scävolas für den Ausdruck novatio anzuzweifeln; wenngleich aus der verpfleg Construction des letzten Zwischensatzes (solverunt — debitores, abscesserunt — Sebasteni) vielleicht auf eine ungeschickte Abänderung späterer Hand geschlossen werden könnte. Es würde zu einer solchen kaum eine Veranlassung nachweisbar sein; auch darf man, da Papinian den neuen Sprachgebrauch schon vollständig geläufig handhabt, nicht erstaunt sein bei seinem Lehrer einen Anfang davon zu finden.

stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur, et ideo replicatione exceptio elidetur.

Hier ist aber vielleicht eher an abstracte, in jus concipirte, als an materiell individualisirte Stipulationen gedacht; so daß der Zusatz si hoc actum est bereits auf einer Rückwirkung der neueren Theorie auf das ältere Institut beruht, die wir sogleich näher kennen lernen werden.

§. 41. Rückblick auf die Entwickelung im classischen Recht. Accessorische Verpflichtung aus der Stipulation. Umwandlung des Novationsbegriffes. Rückwirkung auf das ältere Institut. Die Theorie Ulpians.

Werfen wir nun einen Blick zurück auf den Entwickelungsgang, welchem die Novation in ihrer neueren Gestalt ihre Entstehung verdankt. Es handelt sich um die Wirkung materieller Stipulationen in mündlicher oder schriftlicher Form. Welche Stellung hat eine materielle Stipulation gegenüber einer zweiten Obligation über dasselbe Object? Das ältere Recht gab der Stipulation über alle gleichzeitigen oder vorangegangenen, formlosen oder ebenfalls förmlichen Contracte das Uebergewicht. Neben der Stipulationsklage war keine zweite Klage, also auch neben der Verbalobligation keine zweite Obligation möglich. In der Stipulation verschwanden die materiellen Contracte, sie wurden *absorbirt*. Dieser Vorgang wurde aber nicht als ein eigentlicher Tilgungsact aufgefaßt, so lange das Gegentheil der Tilgung nicht existirte. Fortdauer der einen Obligation neben der anderen, accessorische Stipulation, war der Sache nach unbekannt; Tilgung der einen durch die andere dem Namen nach. Anerkennung zweier concurrirender Contractsklagen, und demgemäß zweier nebeneinander bestehender Contractsobligationen ist der eine Schritt der neueren Rechtsbildung; Uebertragung des Namens Novation auf den Untergang der älteren Obligation ist der zweite. Der eine ist durch den anderen bedingt; die allmähliche Entwickelung der accessorischen Stipulation und der neue Sprachgebrauch von novare gehen miteinander parallel. Vollkommene Gleichberechtigung beider Möglichkeiten, mit welcher die Entscheidung für die eine oder die andere in den Willen der Partheien verlegt wird, ist das Resultat, zu welchem schließlich Papinian und seine Schüler Paulus und Ulpian gelangten.

Wir sind gegenwärtig so gewohnt, mit diesem Resultat als einem fertigen Rechtsbegriffe zu operiren, daß uns die stufenweise Entwickelung desselben leicht entgeht. Die Sätze:

Eadem res saepius deberi potest, l. 14. §. 2. de exc. rei judicatae (44,2), l. 159. de regulis juris (50,17).

Non est novum, ut duae obligationes in ejusdem persona de eadem re concurrant, l. 10. de act. emti (19,1).

erſcheinen uns jetzt als Ausdrücke einer ganz allgemein gültigen Regel. Urſprünglich waren ſie dies keineswegs. Wo im älteren römiſchen Recht unter denſelben Partheien mehrere Obligationsgründe für daſſelbe Object anerkannt wurden, geſchah es vermöge civiliſtiſcher Conſequenz in Folge zufälliger Veranlaſſungen; niemals konnte dergleichen durch freie Willkür der Partheien zu Stande gebracht werden. Der Hauptfall war der der Vereinigung mehrerer anfänglich zwiſchen verſchiedenen Perſonen beſtehender Obligationen:

l. 18. de O. et A. (44,7),
l. 5. de fidejussoribus (46,1),
l. 13. de duobus reis (45,2),
l. 10. de actionibus empti (19,1).

Auf einer ähnlichen objectiven Nothwendigkeit beruht der Ausnahmefall der l. 16. h. t.

Servus ne peculiarem quidem obligationem citra voluntatem domini novare potest, sed *adjicit potius obligationem*, quam pristinam novat.

Hier iſt Tilgung der älteren Obligation beabſichtigt, und nur weil dieſer Erfolg wegen Unfähigkeit der Perſon nicht eintreten kann, beſtehen beide Obligationen neben einander.

Die Ausbildung des neuen Grundſatzes in ſeiner Allgemeinheit hat, wie wir geſehen haben, auf dem Felde der materiellen Stipulationen ſtattgefunden. Die urſprünglich abſorbirende Kraft derſelben hat ſich mehr und mehr abgeſchwächt, die urſprünglich nur ſubſidiären Klagen aus den materiellen Contracten ſind zu immer größerer Selbſtſtändigkeit gelangt. Die prätoriſchen Stipulationen (S. 244) können als Vorläufer einer bloß acceſſoriſchen Wirkſamkeit gelten; in anderem Sinne auch die Pönalſtipulationen, die eben darum, weil ſie nicht direct auf das Hauptobject gerichtet waren, nur als Sicherungsmittel in Betracht kamen. Mit Paulus und Ulpian (l. 71. pr. pro socio und l. 4. §. 4. de re judicata) iſt die Entwickelung zum Abſchluß gelangt.

Auch die parallelgehende Umwandlung des Novationsbegriffes mag hier noch einmal in ihrer Stufenfolge überblickt werden. Die älteren Juriſten bedienen ſich des Wortes zunächſt nur in der Negative, um die Vorſtellung eines Tilgungsactes, der an das ältere Inſtitut erinnern könnte, abzuwehren:

l. 8. §. 3. h. t. *Celsus* ait: judicatum solvi stipulatione actionem judicati *non novari*.

l. 7. h. t. *(Pomponius).* Cum pecunia mutua data stipulamus, *non puto* obligationem muneratione nasci, et deinde eam stipulatione *novari.*

Die positive Verwendung des Wortes im neueren Sinne beginnt (wenn wir die zweifelhaften Stellen l. 20. de SC. Macedoniano und l. 57. pr. de administratione tutorum außer Acht lassen) bei Scävola in einer Stelle (l. 21. §. 3. de annuis legatis 33,1), gewinnt größere Ausdehnung bei Papinian (l. 4. de usuris 22,1. l. 3. §. 2. de administratione rerum 50,8) und wird technisch bei Paulus und Ulpian (l. 71. pr. pro socio 17,2. l. 4. §. 4. de re judicata 42,1). Fast alle hierher gehörigen Stellen stehen nicht in dem Titel de novationibus, sondern sind in anderen Titeln zerstreut — ein deutliches Zeichen, daß es auch innerhalb der Litteratur der classischen Zeit noch gelegentliche Aeußerungen sind, welche nicht dem sicheren Sprachgebrauch eines feststehenden Systems entnommen werden. Wo die Pandektenjuristen von der Novation ex professo handeln, da haben sie nur den formellen Tilgungsact des älteren Rechts im Auge.

Ich brauche kaum zu erinnern, daß die schon oben (§. 32.) besprochene Aenderung in der Bedeutung des *animus* novandi nur eine Consequenz des veränderten Grundbegriffes der Novation ist. Aus der bloß umschreibenden Floskel des älteren Sprachgebrauchs ist für den untergeschobenen neueren Begriff des Instituts ein selbstständiges, wesentliches Element der Sache geworden. Animus novandi im neueren Sinne ist nicht mehr bloß die innere Willensrichtung des Gläubigers, der die Novationsstipulation vornimmt; es ist keine einseitige Mentalreservation, sondern ein dem Mitcontrahenten gegenüber ausgesprochener und mit ihm in Einklang gesetzter Willensact: id actum est inter partes, ut novetur. Es ist geradezu ein die Stipulation begleitender, formloser liberatorischer Vertrag geworden; auf diesen ist der Schwerpunkt des Geschäfts übertragen worden, die Stipulation hat ihm gegenüber nur noch obligatorische Bedeutung.

Es liegt auf der Hand, daß die Umgestaltung des Sprachgebrauchs für den ferneren Gang der Novationslehre von der größten Bedeutung geworden ist. Nur ihr ist es zuzuschreiben, daß wir im Justinianischen Recht überhaupt eine »Novation« übrig behalten haben. Wäre nicht dem alten Namen ein neuer Begriff untergelegt worden, so würde der formelle Tilgungsact des älteren Rechts das Schicksal des Schwesterinstituts, der processualischen Consumtion, getheilt haben. Die processualische Consumtion ist nach dem treffenden Ausdrucke Savigny's[1]) »abgestorben, so wie dürres Laub abfällt, wenn das neue hervorwächst und zu vollständiger Entwickelung kommt.« Sie ist verdrängt worden durch das

1) System Bd. VI. S. 278.

neue Institut der exceptio rei judicatae. Auch die Novation als tilgender Formalact ist durch ein neues Rechtsinstitut verdrängt worden, aber dieses hat von dem alten den Namen angenommen. — Man hat die gesetzmäßig fortschreitende Entwickelung des positiven Rechts, wie dem Leben und Sterben der Organismen, so auch gelegentlich dem Krystallisationsproceß der anorganischen Natur verglichen. Wenn es erlaubt ist, ein solches Bild weiter auszuführen, so möchte ich zur Erläuterung des Vorganges an die Erscheinung erinnern, welche die Mineralogen Pseudomorphose nennen: ein Krystall kann ohne Veränderung seiner äußeren Gestalt durch chemische Einwirkung seinen stofflichen Gehalt ändern, so daß schließlich ein ganz neues Mineral in der ihm sonst nicht zukommenden Krystallform des alten erscheint. So ist auch hier der Name, die Stellung im System dieselbe geblieben; der Inhalt hat einen vollständigen Wechsel durchgemacht.

Unsere Betrachtung ist hier der weiteren Entwickelung vorangeeilt. Der Zustand, den dieselbe am Schlusse der classischen Periode erreicht hatte, war der, daß das alte und das neue Institut unvermittelt neben einander bestanden. Auf der einen Seite die Novation als modus tollendi obligationem, als Tilgungsact des alten Civilrechts, bei welchem der obligatorische Werth der Stipulation gar nicht in Betracht kam; auf der anderen Seite die Stipulation als ein den materiellen Contracten angenäherter universeller Obligationsact von überwiegender Kraft, ursprünglich gar nicht als liberatorisch gedacht, zu einem gleichzeitigen Tilgungsact erst umgebildet durch den Gegensatz zu der allmählich zugelassenen Möglichkeit concurrirenden Fortbestehens der schwächeren Contractsklagen. Beide Institute waren nur äußerlich zusammengefaßt durch den gemeinsamen, von dem älteren erborgten Namen. Ihre Berührungspunkte waren die Aehnlichkeit des Erfolges: Untergang einer Obligation, und Ersatz derselben durch eine neue desselben Inhalts; und die Gleichheit des Mittels: Stipulation. Ihre Unterschiede lagen theils in den Bedingungen, theils in der Wirkung: dort eine nach formellen Regeln juristischer Technik zur Erscheinung gebrachte Identität beider Obligationen; hier mehr und mehr Abschwächung der Form und Assimilation des materiellen Inhalts, der in die Stipulation wie in ein umschließendes Gefäß aufgenommen wird. Dort Consumtions-, hier Absorptionswirkung. Dort haben wir ein anerkanntes Glied des überlieferten Rechtssystems in reicher Detailausbildung vor uns, hier ein keimendes Product der allmählich fortschreitenden Wissenschaft. Der weitere Gang der Entwickelung konnte unter diesen Umständen nicht zweifelhaft sein. Der Geist der neueren Rechtsbildung strebte überall dahin, die traditionellen Formen zu sprengen, und dem materiellen Rechte zur Geltung zu verhelfen. Nachdem einmal der Formalact des älteren Rechts

mit der materiellen Stipulation in ihrer neueren Gestalt in den Rahmen eines gemeinschaftlichen Begriffes zusammengefaßt war, mußte natürlich dem neueren Institute der Sieg zufallen.

Wir haben die Entwickelung desselben bis auf den Punkt verfolgt, wo die accessorische Wirkung der Stipulation als eine der Absorption gleichberechtigte Möglichkeit anerkannt, und damit die Entscheidung zwischen der einen und der andern Wirkung in den Willen der Partheien verlegt wurde. Zu der Consumtion des älteren Formalacts stand dieses neue vertragsähnliche Element des Geschäfts ursprünglich in gar keiner Beziehung; sie war und blieb von dem Partheiwillen völlig unabhängig. Gerade hierin aber hatten Absorption und Consumtion etwas Gemeinsames; die tilgende Wirkung war bei beiden ein nothwendiges Resultat der Stipulation, sie war dem Obligationsacte immanent. Mit dieser gemeinschaftlichen Eigenschaft bildeten beide einen Gegensatz zu der neuen Auffassung der Sache. Von dem Augenblicke an, wo beide auch den gemeinschaftlichen Namen Novation führten, war es eine naheliegende Consequenz, beide dem neugewonnenen Principe unterzuordnen, welches dem Rechtsbewußtsein der Zeit viel mehr zusagte. Der erste Schritt, zu welchem die Berührung von Altem und Neuem führte, war also der, daß auch auf die Wirkung der technischen Novationsformeln der besonderen Absicht der Partheien, dem animus novandi im prägnanten Sinne, ein entscheidender Einfluß eingeräumt wurde.

Ein interessantes Beispiel dieser allmählich beginnenden Rückwirkung auf das ältere Institut liefert die l. 28. h. t. von Papinian:

> Fundum Cornelianum stipulatus, *quanti fundus est* postea stipulor. Si non novandi animo secunda stipulatio facta est, cessat novatio, secunda vero stipulatio tenet, ex qua non fundus, sed pecunia debetur. Itaque si reus promittendi fundum solvat, secunda stipulatio jure non tollitur, nec si litem actor ex prima contestetur; denique meliore vel deteriore facto sine culpa debitoris postea fundo, praesens aestimatio fundo petito recte consideratur, in altera vero ea aestimatio venit, quae secundae stipulationis tempore fuit.

Wir haben es hier nicht mit einer materiellen Stipulation zu thun, sondern mit der abstracten Formel: quanti fundus est tantam pecuniam dari spondes? Der Jurist bespricht das Verhältniß derselben zu der ebenso abstracten Formel fundum dari? Ich habe schon oben (S. 160) darauf aufmerksam gemacht, daß das Object beider fast identisch ist, denn auch die Stipulation fundum dari konnte nur durch eine pecuniaria condemnatio auf quanti fundus est realisirt werden. Dennoch besteht zwischen beiden eine Verschiedenheit, und am Schlusse

der Stelle sind auch die unter Umständen eintretenden praktischen Consequenzen derselben hervorgehoben. Dies ist der Grund, weshalb eine Novation im älteren Sinne nicht eintreten kann: cessat novatio, secunda *vero* stipulatio tenet — bei völliger Identität des Objects würde nur das Eine oder das Andere, Novation oder Ungültigkeit der neuen Stipulation, möglich gewesen sein. Der Erfolg ist jetzt ein ähnlicher, wie bei den Pönalstipulationen: beide Klagen sind neben einander zulässig, aber bei der einen wird das Object der andern angerechnet. Dies ist zwar nicht direct ausgesprochen, liegt aber indirect in dem Satze: si reus promittendi fundum solvat, secunda stipulatio *jure* non tollitur, wobei zu ergänzen ist sed exceptione tollitur. Wir haben wirklich eine accessorische, nur eben nicht auf dasselbe Object gerichtete Stipulation vor uns. So weit ist Alles der älteren Theorie gemäß. Die Anomalie liegt nur darin, daß Papinian in demselben Falle zugleich die Möglichkeit einer wirklichen Novation ex animo contrahentium zugesteht. Nach der Strenge des älteren Rechts würde eine solche Abrede nur als pactum de non petendo, nicht ipso jure wirksam geworden sein, weil es an einer eigentlichen Novationsformel fehlte.

Aehnlich ist das Verhältniß in der ebenfalls bereits mehrfach in Betracht gezogenen

> l. 91. §. 6. de V. O. (45,1). Novari autem an possit haec obligatio? dubitationis est, quia neque hominem qui non est, neque pecuniam, quae non debetur, stipulari possumus. Ego puto *novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit.*

Die Rücksicht auf die materielle Absicht der Partheien hilft hier über die Zweifel hinweg, welche der Fall für die Technik der Formelconstruction darbot.

In diesen der Uebergangsepoche angehörigen Beispielen findet sich also das neue Princip noch gewissermaßen im Kampfe mit dem älteren. Sehr bald gelangte aber die Theorie dahin, den animus novandi in der Bedeutung eines von dem Obligationsacte gesonderten liberatorischen Vertrages zu einer generellen Bedingung der Novation zu erheben.

Dieses Resultat finden wir in der That schon bei Ulpian, aber bei ihm allein unter allen Pandektenjuristen.[2]) Demgemäß trägt Ulpian das id actum esse, ut novetur ganz allgemein als Voraussetzung der Novation vor:

> l. 2. h. t. Quodcunque sine verbis contractum est, sine

2) Allenfalls kann bei Paulus das si hoc actum est in l. 27. §. 2. de pactis (2,14) in gleicher Allgemeinheit gedeutet werden.

non verbis, novari potest et transire in verborum obligationem, *dummodo sciamus, novationem ita demum fieri, si hoc agatur ut novetur obligatio; ceterum si non hoc agatur, duae erunt obligationes.*

Anwendungen dieſes Principes im Einzelnen enthält die l. 8. h. t., und zwar:

§. 1. Legata vel fideicommissa si in stipulationem fuerint deducta, *et hoc actum sit, ut novetur*, fiet novatio; — nam et alias qui in diem stipulatur statim novat, *si hoc actum est;* §. 2. — novationem fieri, *si modo id actum sit, ut novetur,* id est ut Sejus debeat, quod Titius promisit.

§. 5. Si ab alio promissam sibi dotem maritus ab uxore dotis nomine stipulatus sit, non duplari dotem, sed fieri novationem placet, *si hoc actum est.* —

Quod ego debeo, si alius promittat liberare me potest, *si novationis causa hoc fiat, si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur.*

Die Stelle iſt, wie alle die Novation betreffenden Stellen Ulpian's, aus ſeinem Sabinuscommentar entnommen; der Gedankengang folgt überall dem Texte des Sabinus oder den Noten älterer Commentatoren; zwiſchen dieſen iſt das si id actum est ſtets als die beſchränkende Neuerung Ulpian's hineingeſchoben. Dieſe Neuerung iſt aber zunächſt nur der Theorie entnommen. Selbſtverſtändlich konnte durch eine Veränderung der wiſſenſchaftlichen Baſis nicht mit einem Schlage das geſammte geltende Recht umgeſtaltet werden. Vielmehr zeigt ſich nun ſofort das für die ganze Folgezeit charakteriſtiſche Beſtreben, die Formalvorſchriften des älteren Rechts in Präſumtionen für den Willen der Partheien aufzulöſen. Beſonders intereſſant ſind in dieſer Beziehung die folgenden Stellen von Ulpian:

l. 3. pr. de duobus reis (45,2). In duobus reis promittendi frustra timetur novatio — *quum hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituantur, neque ulla novatio fiat.*

l. 6. pr. h. t. Si ita fuero stipulatus: quanto minus a Titio debitore exegero, tantum fidejubes? non fit novatio, *quia non hoc agitur, ut novetur.*

l. 8. §. 3. h. t. Celsus ait: judicatum solvi stipulatione actionem judicati non novari; merito, *quia hoc solum agitur ea stipulatione, ut et fidejussoribus cautum sit, non ut ab obligatione judicati discedatur.*

In allen dieſen Fällen iſt der Wille der Partheien in der That nicht frei; die feſtſtehenden Stipulationsformeln, von denen Ulpian ſpricht,

hatten immer nur denſelben vorher beſtimmten Erfolg. Wenn alſo dieſer Erfolg als das Reſultat des id actum est dargeſtellt wird, ſo iſt dies nicht nur eine Präſumtion, ſondern geradezu eine Fiction. Die formellen Novationsfälle des alten Rechts mußten in dem neuen Syſtem als ebenſo viele Anomalieen erſcheinen, welche nur durch dergleichen Fictionen mit den herrſchend gewordenen Grundſätzen in Einklang gebracht werden konnten. Wenn z. B. Ulpian von der Aquiliana stipulatio ſagt:

> l. 4. de transactionibus (2,15.) — Omnimodo omnes praecedentes obligationes novat et perimit, ipsaque perimitur per acceptilationem, *et hoc jure utimur*,

ſo iſt dies geltende Recht eben eine Formvorſchrift, welcher gegenüber der Wille der Partheien nichts vermag. Wollte man dieſen Fall der neuen Theorie ſubſumiren, ſo mußte man ihm eine künſtliche Baſis geben durch eine der eben betrachteten analoge Erklärung: *quia* id actum est ea stipulatione, ut novetur[3]).

§. 42. Die ſogenannten Präſumtionen für den animus novandi.

Wir ſind damit zu demjenigen Rechtszuſtande gelangt, auf den die Schilderung der Juſtinianiſchen Inſtitutionen Anwendung findet:

> Hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, quum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc antem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc praesumtiones alii in aliis casibus introducebant.

Der Irrthum der früheren Interpreten hat zunächſt darin beſtanden, daß ſie dieſen Zuſtand in eine viel zu frühe Periode zurückverſetzten. Zu den Juſtinianiſchen veteres kann von den Pandektenjuriſten höchſtens Ulpian gezählt werden; der noch ältere Rechtszuſtand war dem damaligen Bewußtſein offenbar kaum noch verſtändlich, er iſt hier nur durch die gefärbte Brille byzantiniſcher Tradition wiedergegeben.

Die Folge dieſes erſten Irrthums war, daß der bisherigen Rechtswiſſenſchaft der Sinn und Urſprung der von Juſtinian geſchilderten Präſumtionen ebenſo verborgen geblieben iſt, wie die Bedeutung des

3) In dieſer Richtung kommen ſolche theoretiſche Erläuterungen in den Ulpianiſchen Pandektenfragmenten allerdings nicht vor. Wo der Juriſt von dem poſitiven actum est, ut novetur ſpricht, behandelt er den Willen der Partheien ſtets als frei; es iſt immer nur von einem *si* actum est, nicht von einem *quia* actum est die Rede. Dies darf uns aber gewiß nicht überraſchen; denn wir haben es eben nur mit Excerpten der Compilatoren zu thun, welche wohl allenfalls die Präſumtionen *gegen* den animus novandi, nicht aber die *für* denſelben paſſiren laſſen konnten.

Gesetzes, durch welches sie der Kaiser beseitigt hat. Die gewöhnliche Vorstellung sucht hinter diesen Präsumtionen Fälle, in welchen die Partheien ihren Willen nicht ausdrücklich, sondern durch concludente Handlungen kund gegeben hatten, und nimmt an, daß die älteren römischen Juristen für dergleichen concludente Handlungen gewisse Interpretationsregeln erfunden oder aus der Praxis zusammengestellt hätten, welche dann allmählich und namentlich seit dem Valentinianischen Citirgesetze eine unbequeme gesetzliche Kraft gewonnen hätten. Diese Auffassung muß gänzlich verlassen werden. Jene sogenannten Präsumtionen sind nichts Anderes, als Ueberbleibsel eines Rechtszustandes, in welchem die Novation in der That nicht von dem Willen der Partheien abhängig war. Es ist diejenige Form, in welcher ein großer Theil des älteren Rechts unter der Herrschaft einer veränderten Theorie fortgelebt hat. Der Ausdruck praesumtiones, der das Mißverständniß hauptsächlich verschuldet hat, ist zur Bezeichnung des Verhältnisses allerdings nicht glücklich gewählt. Er findet sich aber auch nur in der einen eben citirten Institutionenstelle, und es kann auf denselben um so weniger Gewicht gelegt werden, als die Justinianische Constitution selbst (c. ult. h. t.) viel correcter sagt:

> aliquid — ex quo veteres juris conditores *introducebant novationes*

und nachher:

> voluntate solum, *non lege novandum* esse.

Wir müssen uns das Verhältniß, welches Justinian vor Augen hatte, offenbar so denken, daß bei allen denjenigen Stipulationsformeln, welche im alten Recht vermöge ihrer Construction einen tilgenden Effect hatten, diese Wirkung nach wie vor die gesetzliche Regel bildete. Nur war diese Regel nicht mehr wie im alten Recht eine absolute, sondern sie konnte durch besondere Abrede der Partheien ausgeschlossen werden. In der Zulassung einer solchen vertragsmäßigen Ausnahme lag denn allerdings auch eine sehr erhebliche praktische Neuerung gegenüber dem ursprünglichen Zustande. Der timor novationis, von welchem Ulpian in l. 3. pr. de duobus reis (45,2) spricht, gewann damit ein Schutzmittel, welches sehr bald in einer gangbaren Contractsclausel feste Gestalt gewann:

> ut *sine novatione*, *quod solito vocabulo* ἀνοβατεύτως *Graeci dicunt*, causa procedat. c. ult. h. t.

— eine Clausel, welche sich in fast unveränderter Fassung: »ohne Neuerung der Rechte« durch alle zwischenliegenden Jahrhunderte bis in unsere heutigen Geschäftsformulare fortgeschleppt hat.

Das Detail dieser ganzen Entwickelung gehört der nachclassischen Periode an; dieser Umstand erklärt zur Genüge, daß wir in den Pan-

deckten und selbst im Codex keine Spuren mehr davon antreffen. Wir sind für unsere Kenntniß der späteren Zeit fast ausschließlich auf zwei Quellen angewiesen, welche an sich gleich unzuverlässig sind, in ihrer Combination aber doch ausreichen, um die bisher gewonnenen Vorstellungen von der Sache zu bestätigen. Die eine ist das Prooemium zu der Justinianischen Verordnung, die andere die Erläuterungen des Theophilus zu dem einschlagenden Institutionentitel. Justinian leitet seine Verordnung vom Jahre 530 (c. ult. h. t.) folgendermaßen ein:

> Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris juris ambiguitates resecantes sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit vel detraxerit, vel cautionem juniorem acceperit, vel aliquid fecerit, ex quo veteres juris conditores introducebant novationes —

Die kaiserlichen Gesetzesredactoren zählen hier eine Menge Fälle auf, in welchen nach älterem Recht zufolge gesetzlicher Regel Novation angenommen worden sei, und deuten an, daß sie die Liste noch mit anderen Beispielen würden bereichern können. Das Ganze ist nur dazu bestimmt, die Gefahren des bestehenden Rechtszustandes zu erläutern, und damit die Wohlthat der legislatorischen Abhülfe in ein helleres Licht zu stellen. Das Resumé, welches uns hier gegeben wird, macht also von vorn herein weder auf Vollständigkeit, noch auf Genauigkeit Anspruch. Die Unvollständigkeit zeigt sich in der That in doppelter Beziehung. Einerseits fehlen Novationsfälle des älteren Rechts, welche doch zweifellos bis in die Justinianische Zeit fortgedauert haben, insbesondere die Novation durch die formula incerta: quidquid dare facere oportet, welche sowohl in der stipulatio Aquiliana erhalten blieb, als auch noch in speciellerer Gestalt in dem S. 162 mitgetheilten Scholium des Thaleläus zu c. ult. de rei uxoriae actione erwähnt wird. Andererseits sind in Bezug auf die wirklich aufgezählten Fälle die Bedingungen derselben nicht erschöpfend gegeben, so daß Manches, was nur unter ganz speciellen Umständen Geltung hatte, den Anschein von allgemeinen Grundsätzen gewonnen hat. Dieses trifft bei dem größten Theile der Beispiele zu, welcher offenbar Anwendungen des alten Grundsatzes enthält: ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, nämlich:

> si quis vel aliam personam adhibuerit,
> vel mutaverit,
> vel pignus acceperit,
> vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit,
> vel conditionem seu tempus addiderit vel detraxerit.

Theilweise ist hier noch fast wörtliche Uebereinstimmung mit den Beispielen des Gajus (III. §. 177.) vorhanden:

> forte si condicio vel sponsor aut dies adjiciatur vel detrahatur.

Namentlich ist doch wohl der erste Fall der Verordnung si quis aliam personam adhibuerit auf den Beitritt eines sponsor oder fidejussor zu beziehen.[1])

Nun haben wir früher gesehen, daß das Erforderniß des aliquid novi nur für eine ganz beschränkte Klasse von Stipulationsformeln ursprünglich gemeint war, und vor Allem nur dann in Betracht kam, wenn es sich um das Verhältniß zu einer früheren Stipulation, nicht zu einer auf anderem Rechtsgrunde beruhenden Obligation handelte. Diese Beschränkung zu wiederholen, hatte Justinian hier gar keine Veranlassung; dagegen ist sie allerdings erwähnt bei Theophilus:

> Καὶ ἵνα εἴπω σοι ἔξωθεν τελειότερον, εἰ μὲν ἔνοχος ὑπεῖχές μοι ἀπὸ τῆς ῥὲ ἢ λίττερις ἢ κονσέσο ἢ ἀπὸ τῶν ἀρωγῶν τῶν ἀπὸ κογάτι κοντράκτου ἀναφυομένων, ἀμάχως ἐγίνετο νοβατίων· εἰ δὲ πάλαι ἔνοχος ἦσθα τῇ βέρβις καὶ νῦν ἐπερωτῶ, τότε γίνεται νοβατίων ἡνίκα τι καινότερον παρὰ τὴν προτέραν ἐπερώτησιν ἐμφέρεται τῇ δευτέρᾳ ἐπερωτήσει.

Hier ist nur wieder der Gegensatz: ἀμάχως ἐγίνετο νοβατίων höchst unvorsichtig ausgedrückt. In dem Zusammenhange, wie er hier steht, würde er an sich nur so zu verstehen sein, daß wenn das Object irgend einer nicht auf Verbalcontract beruhenden Obligation stipulirt wird, unter allen Umständen Novation eingetreten wäre. Dies ist auch nach älterem Rechte nicht richtig und würde mit den Zeugnissen der l. 71. pr. pro socio (17,2) und l. 4. §. 4. de re judicata (42,1) in directem Widerspruch stehen. Auch wenn man den Ausspruch des Theophilus darauf beschränken wollte, daß in diesem Falle eine Präsumtion für den animus novandi angenommen worden sei, würde man die Erwähnung aller positiven Erfordernisse einer Novationsstipulation nach älterem Recht vermissen müssen — ein deutliches Zeichen, daß es dem byzantinischen Docenten hier, wie bei anderen seiner historischen Erläuterungen, um eine erschöpfende Darstellung des älteren Rechtszustandes entweder nicht zu thun war, oder daß er derselben nicht mehr gewachsen war.

Ferner haben wir früher gesehen, daß das aliquid novi in posteriore stipulatione im Sinne des älteren Rechts als eine ganz äußerliche Verschiedenheit der Stipulationsformel zu verstehen ist. Auch dies ist in unserem prooemium nicht erkennbar, und es scheint vielmehr aus der Zusammenstellung der Beispiele des Gajus mit anderen hervorzugehen, daß hierin in späterer Zeit, sei es mißverständlich, sei es durch

1) Auf den Fall der mutatio personae werde ich später besonders zurückzukommen haben.

eine bewußte Praxis, eine veränderte Auffaſſung Platz gegriffen hat, nach welcher man vielmehr an einen materiell verſchiedenen Inhalt der neuen Obligation dachte. Dies zeigt ſich beſonders in dem Satze:

> si quis quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit.

Es iſt ſchon von anderer Seite[2]) darauf aufmerkſam gemacht worden, daß dieſer Satz in Widerſpruch tritt mit dem Inhalte der l. 58. de V. O. (45,1)

> — *sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit;*

Dieſer Widerſpruch iſt um ſo auffallender, weil man dieſe Stelle entſchieden für interpolirt[3]), alſo gerade für den Ausdruck Juſtinianiſchen Rechts zu halten hat. Soweit es ſich um die hiſtoriſche Seite der Frage handelt, wird die Unklarheit aber noch vermehrt durch den Bericht des Theophilus, der im Anſchluß an die eben mitgetheilte Stelle fortfährt:

> τυχὸν γὰρ αἵρεσις ἢ ἡμέρα ἢ ἐγγυητὴς προστίθεται ἢ ὑφαιρεῖται,

ſoweit bloße Ueberſetzung der Inſtitutionenſtelle, dann aber eigener Zuſatz:

> ἢ καὶ ποσότης προστίθεται· εἰ γὰρ ὑφῃρέθη, ἐπειδὴ ἡ προτέρα ἐπερώτησις ἦν δέκα νομίσματα ἡ δὲ δευτέρα πέντε, οὐ γίνεται νοβατίων, ἐπειδὴ τοῖς δέκα τὰ πέντε περιέχεται καὶ οὐδὲν ἔχει καινότερον ἡ δευτέρα.

Hier haben wir alſo daſſelbe Beiſpiel wie in der l. 58. de V. O. und es wird ausdrücklich bezeugt, daß eine minutio quantitatis nicht novirend gewirkt habe. Man iſt hiernach faſt verſucht, die Worte vel minuendam in der c. ult. h. t. für einen unächten Zuſatz zu halten. Indeſſen bleibt die Annahme möglich, daß für dieſen Fall unter den Juriſten verſchiedene Anſichten beſtanden hätten, daß Einige darin einen Novationsfall gefunden hätten, andere nicht. Wenn wir hierbei ſtehen bleiben, ſo haben wir hier allerdings ein Beiſpiel, welches jedenfalls nicht auf das ältere Recht, ſondern auf eine aus rein factiſchen Gründen hergeleitete Willensinterpretation zurückzuführen iſt, wie ſie ja auch ſonſt bei den römiſchen Juriſten vorkommt.[4])

Anders verhält es ſich dagegen mit der auctio quantitatis, welche von Theophilus in ausdrücklichen Zuſammenhang mit den älteren Grund-

2) Von Grotefend in der im folgenden Paragraphen zu erwähnenden Abhandlung: Zeitſchrift für Civilrecht und Prozeß, Neue Folge, Bd. XII. S. 317. Vergl. auch Löhr in ſeinem und Grolmans Magazin Bd. IV. S. 27 Note 1.

3) Wahrſcheinlich erſtreckt ſich dieſe Interpolation nicht bloß auf den Schluß, ſondern auch auf den im Texte abgedruckten Satz, ſo daß derſelbe entweder neu eingeſchoben, oder ſeine urſprüngliche Geſtalt unkenntlich geworden iſt. Die Stipulation quinque dari ohne weitere Bezugnahme auf eine frühere kann nach älterem Recht nicht füglich ipso jure nulla geweſen ſein.

4) Z. B. in l. 13. pr. de usuris (22,1).

sätzen gebracht wird; in eben solche Beziehung gehört wohl auch der bei Theophilus nicht erwähnte Fall

si quis pignus acceperit,

wenngleich auch hier die pignoris conventio nur in einem ganz anderen Sinn als dem des Gajus für aliquid novi in posteriori stipulatione gelten darf.

Den letzten Fall aus der Justinianischen Liste:

si quis cautionem juniorem acceperit,

habe ich schon besprochen. Auch dieser gehört unter die Traditionen des älteren Rechts, aber in einem anderen Sinne als die bisher betrachteten. Es handelt sich hier nicht um die Novation als Formalact, sondern um das Verhältniß zweier materieller in Schriftform gebrachter Stipulationen, also um einen Vorgang, auf den der Name der Novation erst in späterer Zeit übertragen ist. Wir haben hier ein Zeugniß, daß die Vorstellung einer mit der Stipulation nothwendig verbundenen Absorption aller vorangegangenen Obligationen, also wie ich mich schon oben ausgedrückt habe, eines ihr immanenten Tilgungseffectes weit über die Epoche der classischen Juristen hinaus lebendig geblieben ist. Jedenfalls war dieser Fall von bedeutend größerer praktischer Erheblichkeit, als alle anderen; wahrscheinlich war es auch dieser Fall, in welchem die schützende Clausel ἀνοβατεύτως am regelmäßigsten Anwendung fand.

Wir haben jetzt in die Natur und den Ursprung der sogenannten Präsumtionen für den animus novandi, richtiger ausgedrückt der gesetzlichen Novationsfälle, welche Justinian vorfand, genügende Einsicht gewonnen, um es erklärlich zu finden, daß der Zustand als ein der Rechtssicherheit gefährliches Conglomerat von Specialitäten empfunden wurde. Justinian machte demselben mit richtigem Gefühl dadurch ein Ende, daß er dem schon durch die classischen Juristen angebahnten Principe vollständiger Trennung von Liberation und Obligation zur ausschließlichen Geltung verhalf. Das Verständniß seiner Reform bietet nach dem bisher Gesagten kaum noch eine Schwierigkeit. Jedoch kann ich in dieser soviel ventilirten Frage nicht umgehen, von der gewöhnlichen Auffassung derselben und ihrer Geschichte einen kurzen Abriß zu geben.

§. 43. Die c. ult. h. t. Aeltere und neuere Controverse über dieselbe.

Die zahllosen Mißverständnisse und Controversen, zu welchen die berühmte c. ult. h. t. Veranlassung gegeben hat, sind in der That nur dadurch zu erklären, daß man das Gesetz bis auf den heutigen Tag eigentlich nur aus sich selbst zu interpretiren gesucht hat. Der Weg, den wir in der gegenwärtigen Untersuchung eingeschlagen haben — eine

Erforschung des vorjustinianischen Rechts aus den directen Zeugnissen, die wir dafür haben — dieser Weg ist bisher gar nicht betreten worden. Kein Wunder, daß die Vorstellungen über den Zustand, welchen Justinian beseitigen wollte, bei den neuesten Interpreten nicht viel weniger chaotisch sind, als bei den Glossatoren und ihren Nachfolgern. Das Gesetz selbst konnte, losgerissen von seinem historischen Zusammenhange, nicht in seiner eingreifenden Bedeutung gewürdigt werden. Während es uns sogleich als der nothwendige Abschluß einer von der ältesten Zeit her fortlaufenden Entwickelung erscheint, ist es bisher kaum anders aufgefaßt worden, als wie eine mehr oder minder vernünftige, von dem gesetzgeberischen Erfindungsgeiste des Kaisers improvisirte Maßregel. Diese unrichtige Vorstellung über die Natur des Gesetzes verleitete von vorn herein dazu, dem Gesetzgeber irgend einen absonderlichen, höchst positiven Gedanken unterzuschieben, der denn von jeher darin bestanden hat, daß die Novation nur durch eine Erklärung expressis verbis sollte zu Stande kommen können.

Dieser Irrthum ist so alt, wie die Rechtswissenschaft überhaupt. Die Glossatoren machten ihn im Erfolge durch einen zweiten Irrthum unschädlich, indem sie annahmen, daß eine novatio tacita zwar nicht ipso jure, aber doch per exceptionem wirksam sei.

> Azo summa cod. h. t. — Hodie ita demum fit novatio, si hoc agatur expressim. Si vero ageretur tacite: dici potest habere locum exceptionem.
>
> gl. *naturaliter* ad c. ult. h. t. — Aut est actum, ut fiat novatio, et expressum; quo casu ipso jure tollitur prior obligatio, solaque novatio manet. aut neque actum, neque expressum est, et remanet efficax utraque. — Aut est actum tacite, licet non expresse; etiam tunc manet prima ipso jure, sed tollitur per exceptionem.
>
> gl. *voluerat* ad l. 10. de praetor. stip. (46,6).
>
> gl. *agatur* ad l. 2. h. t.

ebenso noch:

> Bartolus ad l. 10. de praetor. stip. num. 3. — Si loquaris secundum jura hodierna codicis, nunquam praesumitur novatio — tamen ubicunque olim praesumebatur novatio tacita, hodie fit etiam ope exceptionis.
>
> Baldus ad c. ult. h. t. num. 4.

Nur um diesen zweiten, nicht um jenen ersten Irrthum drehte sich der Streit unter den italienischen Juristen des Mittelalters. Als der erste, der denselben bekämpfte, wird Jacobus de Belvisio († 1335) genannt, welcher über den Gegenstand eine eigene seinem Commentar bei l. 4. de pactis eingeschaltete Disputation geschrieben haben soll. Die

von ihm vertretene neuere Ansicht, welcher schließlich der Sieg zufiel ging also dahin:

> Hodie nec ipso jure nec ope exceptionis fit novatio in casibus, in quibus olim fiebat tacite de jure digestorum.

Das Detail dieser älteren Controverse ist von wenig Interesse; eine ausführliche, wenngleich sehr unkritische Nachweisung der altitalienischen Litteratur findet sich namentlich bei Menochius de praesumtionibus lib. III. praes. 134. bes. num. 46—48. Unter den deutschen Juristen des sechszehnten Jahrhunderts sind Spuren der älteren Ansicht bemerkbar bei

> Zasius (gest. 1535) consil. lib. II. cons. 10. num. 61. 62. und Mynsinger respons. 77. qu. III. num. 19. (1574).

Ein präcises Resumé der Frage aus dem neueren Standpunkte giebt

> Gaill observ. pract. lib. II. obs. 30 (1578).

Die selbstständigere französische Schule hat von dem Streit gar keine Notiz mehr genommen. Schon

Duarenus (1554) ad h. t. dig. cap. 2. sagt:

> Notandum est *pro regula et veluti axiomate certo*, nunquam intelligi factam novationem, nisi a contrahentibus id expressum sit.

Ebenso bestimmt drückt sich Cujacius aus (ad l. 58. de V. O. in recit. solemn. ad lib. 54. digestorum Salvi Juliani).

> Novationi faciendae sufficiebat olim solus animus, et tacita voluntas, nec erat opus voluntate expressa. Hodie tamen ex constitutione Justiniani Imperatoris — necesse est exprimi specialiter et nominatim novationis causa posteriorem interponi: alioquin prior stipulatio non novatur, sed priori accedit *(quod certi et explorati juris est)*.

Man vergleiche auch

> Brissonius de solut. et liberationibus lib. II. [p. 99. ed 3.] 1557.
>
> Donellus comm. jur. civilis lib. XVI. cap. 20. 1589.

Mit dem sechszehnten Jahrhundert kann die Streitfrage in ihrer damaligen Gestalt für erledigt gelten. Nur ein Punkt verdient noch aus der älteren Dogmatik hervorgehoben zu werden, der bei allen Schriftstellern jener Zeit unstreitig war: die c. ult. h. t. wurde auf die Delegation nicht angewendet, diese vielmehr ohne alle Rücksicht auf den animus novandi für unbedingt tilgend gehalten. Man vergleiche darüber

> Bartolus ad l. 11. h. t. num. 1.
>
> Baldus ad l. 36. de rebus creditis

und die oben S. 9 gegebenen Citate. Man verstand nämlich damals unter Delegation nicht wie jetzt die Novation mit Personenwechsel; diese

wurde vielmehr ſtets beſonders abgehandelt, und ihre Beurtheilung nach c. ult. h. t. unterlag gar keinem Bedenken. Sondern mit der Delegation war die reine Creditanweiſung in dem oben beſtimmten Sinne gemeint, und die Exemtion derſelben von der c. ult. h. t. war eine nothwendige und richtige Conſequenz des römiſchen und italieniſchen Rechtsgrundſatzes: solvit qui reum delegat. Da dieſer in Deutſchland gar nicht Wurzel gefaßt hat, ſo hat die Ausnahme für das ſpätere Recht jede Bedeutung verloren. Mit der Umgeſtaltung des Delegationsbegriffes, welche ſeit Donellus vor ſich ging, iſt ſehr bald auch das Verſtändniß für den urſprünglichen Sinn derſelben verloren gegangen. Jedoch ſpielt die Diſtinction noch lange Zeit eine Rolle in den Commentaren und Compendien. Der Letzte, bei dem ich eine eingehende Erwähnung derſelben gefunden habe, iſt Geſterding im Archiv für civiliſtiſche Praxis. Bd. II. S. 232 (1819).

Die ältere Controverſe endete alſo dem praktiſchen Reſultate nach zu Gunſten der ſtrengeren Anſicht. Und zwar verſtand man damals unter den verbis expressis, welche die Novation erforderte, eigentlich den Gebrauch des Ausdrucks novare oder novandi animo ſelbſt, welcher denn auch in dem ſchon oben S. 6 mitgetheilten Geſchäftsformular des Durantis vorkommt. Mit dieſem abſoluten Erforderniß des Wortes war es aber bei denjenigen, welche das Auskunftsmittel der novatio per exceptionem läugneten, von Hauſe aus nicht ſo ſchlimm gemeint. Vielmehr waren es gerade die Vertreter dieſer Anſicht, welche dem Bedürfniſſe des Lebens einige Zugeſtändniſſe zu machen nöthig fanden. So ſagt ſchon Joannes de Imola († 1436) ad l. 10. de praet. stip. num. 4.

> Hodie nec ipso jure nec ope exceptionis fit novatio in casibus in quibus olim fiebat tacite de jure digestorum — *salvo nisi sint adeo verisimiles et vehementes conjecturae, quod appareat partes voluisse recedere a persona* et secundam loco ejus subrogari. nam tunc bene fieret novatio — intelligo ipso jure — *licet partes expresse non fuerint usae vocabulo novationis.*

Aehnlich Alexander Tartagni (1424—1477) ad l. 58. de V. O. num. 7. und Andere. Unter dieſe verisimiles et vehementes conjecturae fielen nach damaliger Anſicht alle Fälle, in denen der animus novandi mit anderen Worten als mit dem Worte novatio ausgedrückt war. Z. B. gründet Ant. Faber denjenigen Ausſpruch, der ihn ſpäter zu einer Autorität für die freiere Anſicht gemacht hat, nämlich:

> Fit novatio cum apparet actum fuisse de liberando debitore, licet non fuerit specialiter actum de novando. Cod. Fabr. lib. VIII. tit. 28. defin. 11.

auf eine Entscheidung aus dem Jahre 1596 über eine Urkunde folgenden Inhalts: libero te ab omni eo, quod mihi ex tali instrumento et judicato debes mediante hac obligatione —, also eine nach unseren Begriffen höchst ausdrückliche Erklärung des animus novandi.

In ähnlicher beschränkter Art spricht Gaill a. a. O. von conjecturae urgentes, evidentes, manifestae. Fachineus (controversiae juris III. 92. 1595) von certae et probabiles. Schon etwas weiter geht um die Mitte des siebzehnten Jahrhunderts Franzke (exercitationes juridicae exerc. 14. an novatio hodie ex conjecturis procedere possit.) und Andere.

Allmählich machte aber die Praxis von diesem Auskunftsmittel einen viel ausgedehnteren Gebrauch, und zwar geschah dies besonders in dem wichtigsten Falle der Novation mit Veränderung des Schuldners, für welchen das Mißverständniß der älteren Delegationslehre, wovon ich vorhin gesprochen habe, den Späteren willkommene Autoritäten für eine freiere Handhabung des Grundsatzes lieferte. Ich halte es für überflüssig, zum Beweise dessen einzelne Zeugnisse zusammenzutragen, welche fast aus jeder Consilien- oder Decisionensammlung des siebzehnten und achtzehnten Jahrhunderts entnommen werden könnten, wenngleich es auf der anderen Seite auch nicht an entgegengesetzten Beispielen fehlt. Wie es in allen derartigen Streitfragen zu gehen pflegt, folgte die Praxis mehr ihrem gesunden Tacte in der Beurtheilung des einzelnen Falles, und wählte ihre Autoritäten aus, wie sie sie brauchen konnte; es darf deshalb nicht überraschen, wenn da, wo die Entscheidung gegen den liberatorischen Erfolg getroffen wurde, die Gründe dafür aus der vollen Strenge der herrschenden Theorie entnommen wurden. Im Allgemeinen war der Zustand am Ende des siebzehnten Jahrhunderts der, daß man nach der lex scripta das Erforderniß eines verbis expressis erklärten animus novandi überall anerkannte, in der Anwendung dieses Gesetzes aber eine ziemlich weitgehende Connivenz übte. Für Frankreich ging z. B. Tuldenus so weit, die c. ult. h. t. geradezu zu den leges abrogatae zu zählen.[1])

Vor Allem verstand man denn nun unter verba expressa nicht nur das Wort Novation selbst, sondern jeden beliebigen Ausdruck, aus welchem auf die liberatorische Absicht der Partheien mit Sicherheit geschlossen werden konnte; womit für die meisten Fälle schon einer gefährlichen Benachtheiligung der Partheiinteressen vorgebeugt war.

Aus dem geschilderten Rechtszustande erklärt sich nun aber auch der Charakter derjenigen Monographieen oder gelegentlichen Excurse, welche vom achtzehnten Jahrhundert an zu einer umfangreichen Speciallitteratur

1) Vergl. *Groenewegen* tract. de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia ad §. 3. inst. quibus modis tollitur obligatio.

über den Gegenſtand anwachſen. Sie huldigen überwiegend der ſtrengeren Anſicht, und ſind von dem Beſtreben dictirt, dem vermeintlichen Buchſtaben des Geſetzes gegenüber freventlichen Neuerungen wieder zu ſeiner Geltung zu verhelfen. Je nach dem verſchiedenen Standpunkte der Verfaſſer geſchieht dies dann entweder mit dem Feuereifer einer begeiſterten Verehrung für die Juſtinianiſche Weisheit, oder mit reſignirter Gewiſſenhaftigkeit gegenüber einer auch unbequemen lex scripta. Es kann nicht meine Abſicht ſein, eine vollſtändige Aufzählung der hierher gehörigen Arbeiten anzuſtreben, von denen ein großer Theil bereits völliger Vergeſſenheit wieder anheimgefallen iſt. Nur eine Ueberſicht der bedeutenderen möge hier folgen.

Jo. Werlhoff. Dissertatio ad l. 8. Cod. de novationibus Helmst. 1709.[2])

G. L. Crell. De animo novandi factis expresso. Viteb. 1737. (Auch in ejusd. dissert. atque programmata Halae 1775. Fasc. 4. pr. 29.)

Jac. Voorda. Interpretat. et emendat. juris romani lib. II. cap. 16. ad l. ult. c. de novationibus (in zweiter Ausgabe Traj. ad Rhen. 1768).

Gebr. Overbeck. Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. 66ſte und 67ſte Meditation. (Dritte Auflage. Hannover, 1796.)

J. A. T. Kind. Quaestiones forenses tom. IV. p. 260. (1802.)

C. A. Gottſchalk. Analecta juris Saxonici cap. 12. (1804.)[3])

Geſterding. Ein Beitrag zur Lehre von der Delegation. Im Archiv für civiliſtiſche Praxis. II. S. 232. (1819.)

Hepp. Ueber die novatio tacita. Ebendaſ. XV. S. 246. (1832.)

Sintenis. Ueber ſtillſchweigende Novation. In der Zeitſchrift für Civilrecht und Proceß. IX. S. 135. (1836.)

Grotefend. Ein Beitrag zur Geſchichte der Novation, beſonders zum Verſtändniß der l. 8. Cod. de novationibus. Ebendaſ. N. F. XII. S. 272. (1855.)

Die letztere Abhandlung enthält jedenfalls die bedeutendſte und gewiſſenhafteſte Vertheidigung der ſtrengeren Anſicht. Die Argumente der Gegner ſind im Allgemeinen viel ſchwächer und reduciren ſich meiſt auf eine ziemlich ſchwankende Diſtinction von novatio tacita und novatio praesumta. Dahin gehören:

2) Dieſe Diſſertation iſt mir nicht zugänglich geweſen, ich erwähne ſie nur, weil ſie noch bei Thibaut als Autorität citirt wird.

3) Mir ebenfalls nur aus den Citaten bei Sintenis bekannt.

v. Löhr. Ueber die c. 8. Cod. de novationibus. In seinem und Grolmans Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung IV. S. 29. (1820.)

Kattenhorn. Desgl. In Roßhirts Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht Bd. IV. S. 324 (1841),

und besonders:

Fein. Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation. Jena, 1850. §. 11.

Auch von den Vertretern der strengeren Ansicht wird in der Regel eine Ausnahme zugelassen, wenn die neue Obligation mit der alten unverträglich sein soll.[4]) Damit sind aber nur solche Fälle gemeint, wo ein materielles Rechtsgeschäft aufgehoben und durch ein anderes ersetzt wird, namentlich der, daß eine frühere Schuld durch besonderen Vertrag in ein Darlehn verwandelt wird. Daß diese Fälle mit der Novation im römischen Sinne gar nichts zu thun haben, hat schon Sintenis in der vorhin angeführten Abhandlung nachgewiesen. Wir werden in einem späteren Zusammenhange darauf zurückkommen.

Unter den tonangebenden Compendien und Lehrbüchern der heutigen Zeit sind die Stimmen bekanntlich ziemlich getheilt;[5]) dagegen hat sich die Praxis der Gerichte und Spruchcollegien durch die wiederholten Bemühungen, ihr die Strenge des Justinianischen Gesetzes in Erinnerung zu bringen, wenig stören lassen. Wenn z. B. ein Gerichtshof von so hohem Ansehen wie das O. A. G. zu Lübeck eine Entscheidung mit den wenigen Worten motivirt:

> Wenigstens nach heutigem Recht genügt zur Bewirkung einer Novation schon die unzweifelhafte Absicht, ohne daß dazu gerade eine mit ausdrücklichen Worten erfolgte Erklärung erforderlich ist. (Hamburger Sammlung II. Abth. 1. S. 169.)

so spricht sich darin doch ziemlich unverholen der Entschluß aus, von allen derartigen Versuchen keine Notiz mehr zu nehmen.

Indem ich im folgenden Paragraphen zu dem Inhalt des Gesetzes zurückkehre, hoffe ich den Nachweis zu führen, daß die von dem Leben überall verworfene Fessel, welche man darin bisher gefunden hat, in der

4) Vergl. namentlich die vorhin citirten Abhandlungen von Crell, Kind und Gottschalk.

5) Man vergleiche für die strengere Ansicht: Thibaut Pandekten §. 936. Göschen Vorlesungen III. §. 454. Sintenis Civilrecht II. S. 449 Note 25. Heimbach im Rechtslexicon Bd. VII. S. 395. Vangerow Pandekten III. §. 619. Dagegen: Mühlenbruch Lehrbuch II. §. 475. Wening-Ingenheim Civilrecht II. §. 247. Note y. Unterholzner Schuldverhältnisse I. §. 290. V. Puchta Pandekten §. 291. Note h. Seuffert Pandekten §. 293. Note 9. Arndts Pandekten §. 268. Anm. 3.

That nur mißverſtändlich hineingetragen iſt, der Juſtinianiſchen Reform vielmehr ein viel geſunderer Gedanke und zugleich eine viel größere hiſtoriſche Bedeutung zu Grunde liegt.

§. 44. Der wahre Inhalt der Juſtinianiſchen Reform.

Der dispoſitive Theil des Geſetzes, mit welchem wir uns beſchäftigen, lautet im Anſchluß an die bereits mitgetheilte Einleitung:

> Sancimus, si quis — aliquid fecerit, ex quo veteres juris conditores introducebant novationes; nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare; et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. Et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum, et si non verbis exprimatur, ut sine novatione (quod solito vocabulo ἀνοβατεύτως Graeci dicunt) causa procedat. Hoc enim naturaliter inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire.

Die Textesvarianten, welche hierin vorkommen, ἀνεγ καινότητος oder ἀνεατεύτως ſtatt ἀνοβατεύτως und im Schlußſatze naturalibus ſtatt naturaliter ſind für die Interpretation nicht von weſentlicher Bedeutung.

Merkwürdigerweiſe beruht die gewöhnliche Auslegung des Geſetzes großentheils auf einem groben Irrthum in der grammatiſchen Conſtruction des Textes. Derſelbe erſtreckt ſich auf die beiden letzten Sätze. Der Satz nämlich:

> et si non verbis exprimatur, ut sine novatione causa procedat

wird ſchon von der Gloſſe[1]) ſo verſtanden, daß ut procedat von einem als wiederholt gedachten definimus abhängig ſein ſoll. In dieſem Satze ſoll der eigentliche Kern der Verordnung ſtecken: ohne verba expressa keine Novation. Derſelbe Sinn mußte denn auch in den Schlußſatz hineingetragen werden:

> Hoc enim naturaliter inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire.

Die Gloſſe verſteht unter hoc die Novation und erläutert naturaliter oder naturalibus durch verbis naturaliter prolatis, ſo daß verbis nachher der Dativ ſein, und der Sinn dahin gehen ſoll: die Novation muß mit ausgeſprochenen Worten in der Sache ſtecken und nicht von

1) gl. *et si non* ad h. l. Ebenſo Cujacius in notis ad §. 3. inst. quibus modis ad v. *novandi animo.*

außenher in die Worte hineininterpretirt werden. Es gehört in der That ein ſtarker Glaube dazu, um dieſes Verſtändniß für möglich zu halten. Der fragliche Schlußſatz iſt denn auch ſtets eine crux interpretum geblieben; Gothofredus[2]) z. B. glaubt die Schwierigkeit nur durch folgenden verzweifelten Emendationsverſuch überwinden zu können:

> Et generaliter definimus *lege* solum esse, *non voluntate* novandum; et si *hoc* verbis exprimatur, ut *cum* novatione (quod solito vocabulo ΚΑΤΑ ΚΑΙΝΟΤΗΤΟΣ Graeci dicunt) causa procedat, hoc enim naturaliter inesse rebus *non* volumus, *sed* verbis extrinsecus supervenire.

Der Zuſammenhang des Ganzen wird dagegen nach der richtigen Conſtruction außerordentlich einfach. Der Satz ut sine novatione causa procedat iſt vielmehr unmittelbar mit exprimatur zu verbinden; der ganze Zuſatz et si non verbis exprimatur iſt nur zur Erläuterung des voluntate novandum esse beſtimmt. Dann iſt auch der Schlußſatz höchſt verſtändlich. Hoc naturaliter inesse volumus iſt nicht auf die Novation, ſondern auf das sine novatione procedere zu beziehen. Der Kaiſer erklärt das Nichtnoviren für ein naturale negotii, welches keines beſonderen wörtlichen Vorbehaltes bedarf. Es iſt die Abſicht des Geſetzes, die expressa verba »*sine novatione*«, ΑΝΟΒΑΤΕΥΤΩΣ abzuſchaffen, nicht die expressa verba: »*cum novatione*« einzuführen.

Bei den zahlloſen Commentaren und monographiſchen Unterſuchungen über das Geſetz iſt es kaum glaublich, ſcheint aber doch nicht minder gewiß zu ſein, daß das Mißverſtändniß erſt in der neueſten Zeit aufgeklärt worden iſt, und noch jetzt häufig den Vertheidigern der ſtrengen Theorie als Grundlage dient. Das Hauptverdienſt hat ſich Sintenis bei Gelegenheit ſeiner deutſchen Ueberſetzung des Corpus juris erworben. Er überſetzt ebenſo wörtlich als richtig:[3])

> und ſetzen hiermit im Allgemeinen, daß nur von dem Willen (der Contrahenten) und nicht von dem Geſetze die Erneuerung (einer Schuld) ausgehen ſoll, wenn auch nicht mit Worten erklärt wird, daß die Sache ohne alle Neuerung oder wie die Griechen mit einem üblichen Ausdruck ſagen ΑΝΕΥ ΚΑΙΝΟΤΗΤΟΣ vor ſich gehen ſoll; denn wir wollen, daß dies in der Sache von Natur ſelbſt liegen, und nicht durch Worte von außen her erſt hinzukommen ſolle.

Der ganze Schluß des Geſetzes von etsi non verbis exprimatur an iſt alſo nur negativen Inhalts; der poſitive Kern liegt in dem Satze

> voluntate solum non lege esse novandum.

2) In der Note zu ſeinen Ausgaben des C. J. ad h. l.

3) Deutſches Corpus Juris Bd. VI. S. 244 und daſelbſt Note 21. Vergl. im Uebrigen Löhr a. a. O. S. 32 und beſonders Grotefend a. a. O. S. 302.

Den einzelnen Fällen der früheren Legalnovation gegenüber wird nun dieſe voluntas folgendermaßen erläutert:

si ipsi *specialiter remiserint* quidem priorem obligationem, et *hoc expresserint*, quod secundam magis pro anterioribus elegerint.

Derſelbe Gedanke iſt in den Inſtitutionen ſo ausgedrückt:

quoties *hoc ipsum inter contrahentes expressum* fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt,

und in der interpolirten l. 58. de V. O.

si in omnibus novandi animo hoc facere *specialiter expresserint.*

Wenn wir hier zunächſt überall bei der bloßen Wortinterpretation ſtehen bleiben, ſo ſcheint es allerdings, als ob die Geſetze als Vorausſetzung der Novation dreierlei verlangten:

1) eine beſondere Willensrichtung der Partheien auf Aufhebung der früheren Obligation (specialiter remiserint priorem obligationem),
2) eine Willenserklärung, wodurch ſich dieſelbe äußerlich manifeſtirt (expresserint),
3) eine beſondere Ausdrücklichkeit dieſer Willenserklärung nicht bloß ihrem Inhalte, ſondern auch ihrer Form nach.

Ein ſpecielles Mittel, deſſen ſich die Partheien bei ihrer Willenserklärung zu bedienen hätten, — verba —, iſt allerdings in den Stellen, die wir jetzt allein noch in Betracht zu ziehen haben, nicht vorgeſchrieben; aber die Ausdrücke hoc expresserint, hoc ipsum expresserint, specialiter expresserint können gleichwohl zu der Vorſtellung verleiten, daß damit eine exceptionelle Verordnung gegenüber der allgemeinen Formloſigkeit der Willenserklärungen beabſichtigt ſei. Viel weniger iſt dies ſchon der Fall, wenn man die Ausdrucksweiſe der übrigen präſumtiv interpolirten Digeſtenſtellen in Vergleichung zieht, nämlich

l. 27. h. t. si id *specialiter actum est.*

l. 31. §. 1. h. t. cum id *specialiter agit.*

Denn hier bezieht ſich das specialiter offenbar nur auf den Inhalt, nicht auf die Form der Willenserklärung. Ein noch viel entſcheidenderes Zeugniß dagegen aber liefert die griechiſche Ueberſetzung, welche Theophilus von der obigen Inſtitutionenſtelle giebt. Dieſe lautet:

ἡνίκα τοῦτο αὐτὸ μεταξὺ τῶν συναλλαττόντων συνεφωνήθη, ὅτι διὰ νοβατίονα τῆς προτέρας ἐνοχῆς ἐπὶ τὴν παροῦσαν ἦλθον ἐπερώτησιν,

alſo in wörtlicher Rücküberſetzung:

quando hoc ipsum inter contrahentes *convenit*, quod propter novationem prioris obligationis ad praesentem iverunt stipulationem.

Der gleichzeitige griechische Paraphrast und selbst Mitverfasser der Justinianischen Institutionen legt also dem zweifelhaften Begriffe expresserint offenbar nicht die darin gesuchte Beziehung auf ein bestimmtes Mittel des Ausdrucks bei. Er erfordert vielmehr nur ganz allgemein eine conventio (dafür ist σύμφωνος oder συμφωνία der technische Ausdruck) liberatorischen Inhalts, aber beliebiger Form. Dem gegenüber kann namentlich auf die über drei Jahrhunderte spätere Uebersetzung unserer Constitution in den Basiliken wohl nicht erhebliches Gewicht gelegt werden. Hier lautet dieselbe:[4])

> Ἐάν τις ἢ ἄλλο πρόσωπον προσλάβῃ, ἢ ἐναλλάξῃ, ἢ ἐνέχυρον λάβῃ ἢ τὸ χρέος ἀχρήσῃ ἢ μειώσῃ ἢ αἵρεσιν ἢ χρόνον προσθήσῃ, μὴ εἶναι τοῦτο χρέους ἀνακαινισμόν, εἰ μὴ ἰδικῶς τοῦτο ῥηθῇ, ὅτι ἀπὸ τοῦ παλαιοῦ ἀναχωροῦμεν χρέους· ἡμεῖς γὰρ τοῖς ῥήμασι προσέχομεν τοῖς οὖσιν, οὐ μὴν ἑρμηνείᾳ.

Es findet sich also hier allerdings schon ein deutlicher Anfang der später herrschend gewordenen Auslegung, welche auf verba expressa, ῥήματα τὰ ὄντα das entscheidende Gewicht legt.

Immerhin kann hiernach das Resultat der bloßen Wortinterpretation als zweifelhaft anerkannt werden. Jedenfalls muß der Zweifel schwinden, wenn wir den von Justinian vorgefundenen Rechtszustand in Betracht ziehen, und von diesem aus auf den beabsichtigten gesetzgeberischen Erfolg zurückschließen. Die bisherigen Ausleger gingen in dieser Beziehung von der folgenden Annahme aus. Von den vorhin erwähnten hypothetischen Erfordernissen der Novation nach Justinianischem Rechte,

1) der Willensrichtung der Partheien (factum internum),
2) der Willenserklärung derselben (factum externum),
3) der exceptionellen Form dieser Willenserklärung,

haben die beiden ersten schon nach vorjustinianischem Rechte bestanden. Denn, so sagen sie, der animus novandi war eine ganz ursprüngliche Voraussetzung der Novation; und als bloßes factum internum hätte er überhaupt niemals berücksichtigt werden können, sondern nur zufolge äußerer Erscheinung in irgend einer Gestalt. Also, so geht die Argumentation weiter, das Einzige, was Justinian neu eingeführt hat, ist das Dritte jener Erfordernisse, die Beschränkung des erklärten Willens auf gewisse Mittel des Ausdrucks. Darum müssen wir unter voluntas in dem neuen Gesetz voluntas expressa, unter dem beseitigten lege novari die voluntas tacita, die conjecturae legis verstehen, wenn wir dem Gesetze überhaupt eine practische Bedeutung unterlegen wollen.

Diese ganze Argumentation, welche für die bisherige Auffassung

4) Basil. lib. 26. tit. 4. c. 42. Besonderes Gewicht legt Grotefend auf das hieraus zu entnehmende Gegenargument.

des Geſetzes entſcheidend geweſen iſt, hat durch den hiſtoriſchen Theil unſerer Unterſuchung ihren Boden verloren. Wir haben im Gegentheil anerkennen müſſen, daß die Novation in ihrer urſprünglichen Geſtalt von dem animus novandi unabhängig war, und daß in einem ſpäteren Stadium derſelbe zwar von der Theorie als ein allgemeines Requiſit unterſtellt, dieſer Theorie aber das ältere Recht vermittelſt einer Fiction des Partheiwillens angepaßt worden war. Wir haben alſo für das lege novari des vorjuſtinianiſchen Rechts einen ganz anderen Sinn kennen gelernt, als die bisher ſupponirten conjecturae legis. Damit verſchwindet von ſelbſt der künſtliche Sinn, welcher dem voluntate novari beigelegt wurde. Erſt mit der Juſtinianiſchen Geſetzgebung iſt vielmehr die voluntas in ihrer natürlichen Wortbedeutung zu einer durchgreifenden Bedingung der Novation erhoben worden. Der Ausdruck, den Juſtinian dieſer Reform gegeben hat:

> Et generaliter definimus, voluntate solum esse, non lege novandum

iſt auch an ſich ein ſo präciſer, wie er in dem an ſchwülſtige Phraſeologie gewöhnten Style ſeiner Zeit nur irgend erwartet werden kann.

Das Juſtinianiſche Geſetz gewinnt durch dieſe Auffaſſung nicht nur ein viel natürlicheres Verſtändniß, ſondern auch eine bei weitem größere Bedeutung, als man ihm bisher beigelegt hat. Es ſcheidet damit aus der Zahl künſtlicher legislatoriſcher Experimente, deren ſich der Kaiſer auf manchen anderen Gebieten ſchuldig gemacht hat, und tritt vielmehr in die Reihe derjenigen Verordnungen, durch welche er einer noch unvollendeten rechtlichen Entwickelung einen wohlthätigen Abſchluß gegeben hat. Wie etwa durch die Conſtitution de nudo jure Quiritium tollendo in der Lehre vom Eigenthum, ſo iſt hier in der Lehre von der Novation ein großes Stück abgeſtorbenen älteren Rechts mit einem Schlage beſeitigt, und dem Inſtitute eine dem neueren Rechtsbewußtſein entſprechende ſolide Baſis gegeben worden. Die Novation als Formalact, ſo wie wir ſie als ein integrirendes Glied des alten Civilrechts zu reconſtruiren geſucht haben, iſt mit dieſem Geſetze endgültig aufgehoben. Alles, was damit zuſammenhängt, die ganze Lehre von der stipulatio utilis im Sinne des Gajus, die techniſch conſtruirten Novationsformeln, die Conſumtionswirkung der Novation — das iſt fortan Alles antiquirt. Was im Juſtinianiſchen Recht allein noch exiſtirt, iſt das materielle Rechtsgeſchäft, welches erſt ſpäter den Namen Novation angenommen hat. Dieſes neuere Inſtitut hat jetzt ſeine definitive geſetzliche Sanction erhalten und iſt zum Abſchluß ſeiner Entwickelung gelangt. Das charakteriſtiſche Element deſſelben, die Abhängigkeit des liberatoriſchen Erfolges von dem Willen der Partheien, iſt allerdings nicht nur extenſiv verallgemeinert, ſondern auch intenſiv präciſirt. Es erſcheint nicht mehr in

der Form des animus novandi, als eines der Stipulation untergeordneten, nur den Zweck derselben bestimmenden Willensacts; diese Form des Ausdrucks war von dem älteren Institut übernommen und gehört noch mehr oder minder der Vorstellung eines aus der Stipulation als solcher hervorgehenden tilgenden Effects an. Bei Justinian ist die voluntas novandi ein von dem Obligationsacte völlig gesondertes Element des Geschäfts. Darum spricht er von einem *specialiter* agi, ut novetur von einem *specialiter* exprimi, quod propter novationem partes convenerunt. Die Novation besteht nunmehr aus zwei von einander durchaus unabhängigen Bestandtheilen, einem obligatorischen Vertrage in der Form der Stipulation, und einem liberatorischen an keine Form gebundenen. Nicht ein specielles Mittel des Ausdrucks, sondern der abgesonderte Inhalt dieses liberatorischen Vertrages ist dasjenige, was das neue Recht fordert.

Wird nur der obligatorische, nicht der liberatorische Vertrag abgeschlossen, so bestehen zwei Obligationen über dasselbe Object.

> Nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere,

verordnet die c. ult. h. t.;

> manere et pristinam obligationem et secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio,

sagen die Institutionen. Beides sind nur verschiedene Ausdrücke für das, was schon Ulpian in l. 2. h. t. ausspricht:

> duae erunt obligationes.

Erst mit der Erfüllung der einen Obligation tritt in diesem Falle die Befreiung aus der andern ein.

Es leuchtet hiernach ein, daß die Justinianische Gesetzgebung auf unserem Gebiete eine sehr eingreifende, daß ihre Wirkung eine sehr umfassende gewesen ist. Die Consequenzen derselben in ihrem vollen Umfange zu ziehen, müssen wir jedoch noch verschieben, um zuvörderst die Betrachtung des obligatorischen Elements der Novation nachzuholen. Es wird sich zeigen, daß auch diese Seite des Geschäfts eine allmähliche, wenngleich weniger in die Augen fallende Umwandelung erlitten hat. Erst wenn wir diese kennen gelernt haben, wird Sinn und Bedeutung der Novation im Justinianischen Rechte im Zusammenhang dargestellt werden können.

Drittes Kapitel.

Die obligatoriſche Wirkung der Novationsſtipulation.

---

§. 45. Anfechtbarkeit der stipulatio debiti an ſich. Einreden aus dem früheren Schuldverhältniß.

Die Wirkung der Novation wird bei der gewöhnlichen Behandlung des Gegenſtandes in unſeren Compendien und Lehrbüchern in der Regel nur ſo weit in Betracht gezogen, als es ſich um die Aufhebung der früheren Obligation, alſo um den liberatoriſchen Erfolg handelt. Untergang der novirten Obligation ipso jure, mit allen ihren Acceſſionen u. ſ. w., das ſind die Punkte, welche bei dieſer Gelegenheit hervorgehoben zu werden pflegen. Die Frage nach der obligatoriſchen Wirkung der Novationsſtipulation wird von den Meiſten mit Stillſchweigen übergangen; wenigſtens in ihrer Allgemeinheit. Nur in Bezug auf die Delegation als eine Species der Novation wird der Satz aufgeſtellt, daß die Einreden, welche der aufgehobenen Obligation hätten entgegengeſtellt werden können, gegenüber der neuen Obligation nicht zuläſſig ſind. Die gewöhnliche Vorſtellung geht gleichwohl dahin, daß dies nicht bloß eine ſpecifiſche Eigenſchaft der Delegation, ſondern eine generelle der Novation ſei. Zuweilen findet ſich denn auch dieſe Auffaſſung ausdrücklich ausgeſprochen, und zwar als etwas ſo Selbſtverſtändliches, als ob es eigentlich einer weiteren Begründung nicht bedürfe, z. B.

Göſchen Vorleſungen §. 455. Num. 2,

Seuffert Pandekten §. 294.

Dieſe Behandlung der Frage iſt nun ſchon nach der herrſchenden Lehre über das Verhältniß der Delegation zur Novation eine ſehr oberflächliche. Auch wenn die Delegation in der That nichts weiter als eine Species der Novation wäre, würde die Frage, ob das, was von der Species gilt, auf das Genus ohne Weiteres übertragen werden kann, wenigſtens der Unterſuchung werth geweſen ſein. Nachdem wir aber die Delegation als ein von der Novation an ſich völlig geſondertes Inſtitut

kennen gelernt, und in der Nichtanfechtbarkeit der Delegationsstipulation gerade eine charakteristische Eigenthümlichkeit der reinen Delegation gefunden haben, welche zu der Novation vielmehr in einem Gegensatze steht, muß diese Argumentation vollends als eine ganz unzulässige angesehen werden.

Zu einem ähnlichen Resultate gelangt aber aus einem viel allgemeineren Gesichtspunkte diejenige Theorie, welche die Stipulation in allen ihren Anwendungen als einen formell-obligatorischen von seiner causa unabhängigen Willensact behandelt. Das Fundament der neuen Obligation wird in der Form gesucht, in welcher sie constituirt ist. Wegen dieser Form legt man ihr den Werth eines abstracten nomen bei, welches einem effectiven Vermögensobjecte gleichgestellt werden kann. Wie die Stipulation ob causam futuram und die Stipulation donandi causa so gilt auch die Stipulation ex causa praecedente als eine Leistung, deren Function oder Bestimmung in jedem einzelnen Falle von der Absicht der Contrahenten abhängt. Im Verhältniß zu einer bestehenden Obligation kann diese Absicht entweder dahin gehen, das neue nomen an ihre Stelle treten zu lassen, die alte Obligation mit der neuen zu bezahlen. Das ist der Fall der Novation, welche demnach ganz im Sinne einer datio in solutum erscheint. Oder es kann beabsichtigt sein, neben dem neu geschaffenen Vermögensobject die alte Obligation bestehen zu lassen, so daß der Gläubiger sich beider bedienen kann, im Erfolge aber sich an der einen genügen lassen muß. Das ist der Fall der accessorischen Stipulation, welche also nur den Zweck einer vermehrten Sicherheit verfolgt, und jener Anschauung gemäß am ersten mit der Bestellung eines körperlichen Pfandes verglichen werden kann. In beiden Fällen wird die stipulatio debiti als ein neues, selbstständiges, mit der früheren Schuld in keiner Beziehung stehendes obligatorisches Fundament vorausgesetzt.

Dies ist diejenige Auffassung der Sache, welche für die herrschende Lehre ausgesprochen oder stillschweigend die Hauptgrundlage abgiebt. Der Satz, daß der Novationsstipulation gegenüber die Einreden aus dem früheren Schuldverhältnisse unzulässig sein sollen, bildet danach nur eine Consequenz der allgemeinen Eigenschaften der Stipulation. Auch von denjenigen Schriftstellern, welche die Bedeutung der Stipulation in diesem Sinne neuerdings besonders hervorgehoben haben, ist die Anwendung des Grundprincips auf den Fall der Novation nicht immer mit gleicher Ausdrücklichkeit ausgesprochen worden. Am bestimmtesten ist dies von Bähr geschehen, welcher im Anschluß an den von ihm consequent durchgeführten Parallelismus zwischen datio und promissio die Thesis dahin formulirt:[1])

1) Anerkennung S. 46.

Bei der Novation entsteht die neue Obligation ebenso **unabhängig** von dem Bestande der älteren Schuld, wie bei der Zahlung unabhängig von dem Bestande der Schuld Eigenthum übergeht.

Dieser Satz kann gewissermaßen als die Spitze der herrschenden **Theorie** betrachtet werden.

Ich habe schon im §. 36. die Lehre von der formellobligatorischen Kraft der Stipulation in der ihr seit Liebe gegebenen Gestalt in Betracht gezogen. An die dort vorausgeschickten allgemeinen Gesichtspunkte ist jetzt im Einzelnen anzuknüpfen. Die Untersuchung des Verhältnisses zwischen res und causa hat uns zu dem Resultate geführt, daß der Gegensatz zwischen beiden mit allen sich daraus ergebenden Consequenzen auf einer Sonderung des Partheiwillens in zwei verschiedene Bestandtheile beruht; als Mittel dieser Sonderung dient die Form eines Vertrages, sofern sie den Inhalt desselben unvollständig zur Erscheinung bringt, und dem einen Bestandtheil selbstständige rechtliche Wirksamkeit giebt. Die Stipulation kann dieser Voraussetzung entsprechen, sie kann einen losgerissenen Bestandtheil des Ganzen in einem abstracten dare oportere verkörpern. Sie kann aber auch den Gesammtinhalt des Vertrages wiedergeben. Daraus schlossen wir a priori, daß sie in dem einen Fall eine formellobligatorische, von der causa unabhängige Wirkung haben müsse, in dem andern nicht. Dieser Schluß wird jetzt durch eine Untersuchung der verschiedenen Stipulationsformeln a posteriori verificirt werden müssen. Ich beschränke jedoch diese Untersuchung in der Hauptsache auf den uns allein interessirenden Fall der stipulatio debiti, welcher ohnedies für die Frage im Allgemeinen bei Weitem der wichtigste ist. Und zwar gilt von dem Folgenden wiederum besonders, was ich früher erinnert habe, es ist hier zunächst nur von der Stipulation unter denselben Partheien die Rede.

Ich beginne mit dem Falle der einfachen stipulatio certi, in welchem die Wirksamkeit der Form als solcher, ohne Rücksicht auf die causa, ohne Zweifel ist. Wir haben früher gesehen, daß Stipulationen dieser Art als Novationsformeln des älteren Rechts nur dann in Betracht kamen, wenn sie auf certa res gingen, so daß mit der äußerlichen Erkennbarkeit der Identität des Schuldobjects eine Consumtionswirkung eintreten konnte. Da wir aber hier nicht von der Novation allein, sondern auch von der stipulatio debiti im Allgemeinen sprechen, so kann der Gegenstand jetzt ganz allgemein behandelt werden. Die Stipulation centum dare spondes? oder Stichum dare spondes? erzeugt eine Klage auf centum oder auf den Stichus, ohne daß nach dem übrigen Inhalte des Vertrages, von welchem die promissio einen Bestandtheil bildet, gefragt wird. Wenn also dieser Vertragsrest, die

causa obligationis, darin bestand, daß eine bestehende Schuld von gleichem Inhalt durch die neue Obligation aufgehoben werden sollte, so wurde unter Anderem auch nach der Gültigkeit oder Anfechtbarkeit dieser älteren Schuld nicht gefragt. Einreden gegen diese ältere Schuld waren gegen die neue unzulässig. Dies geht schon aus der Klagformel hervor, mit welcher dieselbe verfolgt wurde:

> Si paret A. A. N. N. centum dare oportere, A. A. N. N. centum condemna. Si non paret absolve.

oder Si paret A. A. N. N. Stichum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam A. A. N. N. condemna. Si non paret absolve.

Der Richter hatte hier gar keine Veranlassung, auf jene ältere Schuld Rücksicht zu nehmen; — auch dann nicht, wenn der späteren Rechtsentwickelung gemäß der den Obligationsgrund bezeichnende Zusatz ex stipulatu in die Formel aufgenommen wurde. Wie sehr die Unabhängigkeit der neuen Obligation von der alten in diesem Falle ein den Römern geläufiges Axiom bildete, ergiebt z. B. die schon früher betrachtete l. 25. de V. O.:

> Si dari stipuler id quod mihi jam ex stipulatu debeatur, cujus stipulationis nomine exceptione tutus sit promissor, obligatur ex posteriore stipulatione, *quia* superior quasi nulla sit, exceptione obstante.

Die Anfechtbarkeit der alten Schuld giebt hier gerade die Möglichkeit für die Existenz der neuen ab; der Gedanke, als ob diese Anfechtbarkeit in die letztere übertragen werden könnte, liegt dem Juristen so fern, daß er gar keine Erwähnung verdient. Darum wird denn auch die stipulatio certi ganz der Liebeschen Anschauung gemäß der effectiven Leistung im Erfolge gleichgestellt:

> eam stipulationem (rem aliquem dari) similem esse solutioni existimamus. — l. 31. §. 1. h. t. [2])

In beiden Richtungen zeigt sich ihre abstracte Natur in voller Bedeutung.

Gewissermaßen das Extrem auf der anderen Seite bildet die stipulatio incerti in der der Klagformel nachgebildeten Gestalt: *quidquid dare facere oportet, dari spondes?* Die Abhängigkeit einer in dieser Form eingegangenen Stipulation von dem in Bezug genommenen Schuldobject liegt so auf der Hand, daß sie von Niemandem verkannt werden konnte. Auch über diesen Fall herrscht daher volle Uebereinstimmung der Ansichten; auch diejenigen Schriftsteller, welche das Gegentheil als die Regel behandeln, erkennen hier wenigstens eine Ausnahme an. So:

Liebe a. a. O. S. 282 folg.,
Gneist a. a. O. S. 150 folg.

2) Vergl. oben S. 174.

und Bähr Anerkennung S. 24,
vergl. auch Savigny System Bd. V. S. 498.[3])

Es wird hier eben nur dasjenige, was der Schuldner aus der früheren Obligation zu leisten hatte, zum Object der neuen Verbindlichkeit erhoben. Und zwar lautete die technische Novationsformel, wie wir früher gesehen haben, nicht etwa: *centum* quae mihi ex vendito debes, dari spondes? so daß centum das eigentliche Stipulationsobject, und der Relativsatz nur eine verdeutlichende Nebenbestimmung gewesen wäre. Sondern die relative Formel bildete den Hauptinhalt der Stipulation, so daß dieselbe eine stipulatio incerti und die daraus hervorgehende Klage eine condictio incerti wurde, deren Formel nach Gaj. IV. §§. 136. 137. folgende Gestalt hatte:

Quod A. A. de N. N. stipulatus est:[4]) *quidquid ex vendito dare facere oportet, dari spondes?* quidquid ob eam rem N. N. A. A. dare facere oportet, tantam pecuniam N. N. A. A. condemna. Si non paret absolve.

Hiernach war der Richter von vorn herein angewiesen, den Umfang der Verpflichtung des Beklagten nach dem seiner früheren Schuld ex vendito abzumessen. War diese frühere Schuld durch eine Einrede ganz oder theilweise entkräftet, so verminderte sich ipso jure um so viel die Obligation ex stipulatu. Mochte es also früher der Aufnahme einer besondern exceptio in die Formel bedurft haben oder nicht, jetzt brauchte dieselbe jedenfalls nicht wiederholt zu werden. Im Sinne des römischen Formularprocesses kann also allerdings nicht gesagt werden, daß die Exceptionen gegen die novirte Obligation in diesem Falle auch gegen die neue Obligation gebraucht werden konnten. In dieser uns jetzt geläufigen Form ist daher auch die Frage von den römischen Juristen niemals gestellt worden. Es war aber selbstverständlich, daß die neue Obligation materiell denselben Anfechtungsmitteln ausgesetzt war, wie die ältere. Wir müssen uns überhaupt vergegenwärtigen, daß die Stipulationsformeln dieser Art ihre Hauptbestimmung in dem Tilgungseffect hatten; die Begründung einer neuen Obligation gleichen Inhalts war eine Nebenwirkung, welche die Römer gar nicht als den eigentlichen Zweck der Partheien voraussetzten, und welcher sie deshalb auch gar keinen Einfluß auf die Interpretation ihres Willens einräumten. Nur aus dieser von der unsrigen ganz verschiedenen Grundanschauung erklärt sich z. B. die Entscheidung in l. 47. de V. O. (45,1).

3) Der Einzige, welchem das Verständniß dieser Art von Stipulationsformeln vollständig entgangen ist, ist Schlesinger. Vergl. Formalcontracte S. 24.

4) Gajus gebraucht in seinen Beispielen die allgemeine Form: Quod A. A. de N. N. *incertum* stipulatus est, wir müssen uns aber die Stipulation in extenso in die demonstratio eingerückt denken. Vergl. Savigny a. a. O. S. 617 Note a.

Qui sic stipulatur: quod te mihi illis Kalendis dari oportet, id dare spondes? videtur non hodie stipulari, sed sua die, hoc est Kalendis.

Jeder heutige Richter würde in einem ähnlichen Falle unzweifelhaft auf die Absicht der Contrahenten schließen, etwas am Zahlungstermine zu ändern. In gleicher Art wie der dies wird bei den Römern aber selbst eine conditio aus der früheren Obligation in die neue übertragen.

l. 14. §. 1. h. t.

Ich gehe nun von den Novationsformeln des alten Rechts zu den materiellen Stipulationen über, auf welche sich das Hauptinteresse der späteren Entwickelung concentrirt. Während die bisherigen Betrachtungen überwiegend von nur historischer Bedeutung waren, reicht das Gebiet, welches wir jetzt betreten, mit seinem Einflusse bis in das heutige Recht herüber.

Ich muß hier vorweg darauf aufmerksam machen, daß der Begriff der materiellen Stipulationen, wie ich ihn früher (§. 36.) bestimmt habe, kein fest abgegrenzter ist. Das Verhältniß der Form zu dem Gesammtinhalt der Partheiverabredungen ist einer stufenweisen Veränderung fähig. Zwischen dem nackten centum dare spondes? und dem umfassenden Inhalt einer cautio, welcher die Stipulation nur als Schlußclausel angehängt ist, sind eine Reihe von Modalitäten denkbar, welche in der Mitte stehen, und sich bald dem einen, bald dem anderen Extrem annähern.

Eine solche Zwischenstufe bilden namentlich diejenigen Stipulationsformeln, in welchen die abstracte Fassung durch einen bloßen auf die causa hindeutenden Zusatz modificirt ist, z. B. centum *dotis nomine* dari spondes? Hier ist der Gegensatz von res und causa, der in der Sache bereits zu verschwinden beginnt, wenigstens in der äußeren Gestalt der Formel noch erkennbar, und man kann deshalb von derartigen Fällen bezeichnend sagen, es sei *adjecta causa* stipulirt. Ich habe gerade den Fall der Dotalstipulation schon bei einer früheren Gelegenheit berührt (S. 124) und gezeigt, daß dieselbe in ihrem Erfolge sogleich gewisse Eigenthümlichkeiten annahm, namentlich von dem Bestande der Ehe abhängig wurde. Zu dieser besondern Modification der obligatorischen Wirkung war es nun allerdings nicht nothwendig erforderlich, daß der Zusatz dotis nomine in der Formel stand:

In stipulatione non est necessaria dotis adjectio. l. 23. de jure dotium (23,3).

Wenn dies aber nicht geschah, so mußte der Promittent, wenn er sich der Vertheidigungsmittel eines Dotalschuldners bedienen wollte, erst den Causalvertrag — daß die promissio Bestandtheil einer Dosbestellung war — beweisen; dieses Beweises wurde er durch den Zusatz in der Formel überhoben. Die Stipulation adjecta causa wirkte nur in der

durch den Zuſatz ausgedrückten ſpeciellen Eigenſchaft; wurde ſie in dieſer Beſonderheit entkräftet, ſo hatte ſie gar keine Wirkung mehr, ſie konnte nicht etwa getheilt und nun noch als ein abſtractes nomen eingeklagt werden. Hierin unterſcheidet ſich die Stipulation weſentlich von dem Legat, bei welchem der Begriff causa eine ganz andere Bedeutung hat. Wenn unter der Bezeichnung der dos eine größere Summe als in dote war, legirt wurde, ſo war das Legat gültig:

> c. 3. de falsa causa adjecta legato (6,44). — Si quantitatem expresserit, debetur, etsi in dotem datum non est, quasi aliud legatum, non eo jure quo dos fungitur.

Die Stipulation war unter gleichen Vorausſetzungen nur auf den Betrag der dos wirkſam:

> l. 66. §. 4. soluto matrimonio (24,3). Mulier, quae centum dotis apud virum habebat, divortio facto, ducenta a viro errante [5]) stipulata erat. Labeo putat, quanta dos fuisset, tantam deberi.

Ich hebe dieſes Beiſpiel hier beſonders um deshalb hervor, weil es neuerdings von Schleſinger gebraucht worden iſt, um die entgegengeſetzte Anſicht zu vertheidigen. Er ſagt: [6])

> Die Römer kennen nur eine Art der Stipulation, deren Begriff nach den weſentlichen Merkmalen feſtzuſtellen iſt, von denen allein in jedem Falle die Rechtswirkung abhängt: und unter dieſen iſt der Rechtsgrund nicht. Daher iſt z. B. die Stipulation der geſchiedenen Ehefrau: dotis nomine centum dari spondes auch dann gültig, wenn ſie gar keine zu reſtituirende dos hat.

Ich brauche nach dem Vorigen nicht den Trugſchluß beſonders hervorzuheben, der in dieſem Raiſonnement zu Grunde liegt, dagegen verdient die von Schleſinger herangezogene Beweisſtelle noch eine kurze Betrachtung. Es iſt

> l. 21. de V. O. (45,1). Si divortio facto ea, quae nihil in dote habeat, dotis nomine centum dari stipuletur, vel quae centum duntaxat habeat, ducenta dotis nomine dari stipuletur, Proculus ait, si ducenta stipuletur quae centum habeat, sine dubio centum quidem in obligatione venire, alia autem centum actione de dote deberi. Dicendum itaque est, etiam si nihil sit in dote, centum tamen venire in stipulationem, sicuti cum filiae vel matri, vel sorori, vel alii cuilibet dotis nomine legaretur, utile legatum esset.

5) Welcher Einfluß hier dem Irrthum zuzuſchreiben iſt, wird ſpäter näher beſprochen werden.

6) Formalcontracte S. 27.

Schleſinger macht mit Recht darauf aufmerkſam, daß die Clauſel dotis nomine hier nicht in der gewöhnlichen Bedeutung gebraucht iſt, wo ſie die Beſtellung einer dos bezeichnet; in dieſem Sinne kann nur der Mann dotis nomine ſtipuliren. Dagegen beruht ſeine Annahme, daß dotis nomine hier bedeuten ſolle: »um meine Dotalforderung zu tilgen«, wiederum auf einem argen Mißverſtändniſſe.[7]) Vielmehr geht die Beziehung des Zuſatzes gleichwohl nicht auf die vergangene, ſondern auf eine zukünftige Ehe. Wer einer Frauensperſon dotis nomine promittirt, der übt gegen ſie eine reine Liberalität; er ſchenkt ihr mit der Beſtimmung, daß der Gegenſtand der Schenkung dereinſt ihre dos bilden ſolle. Eine ſolche Liberalität iſt gegen die geſchiedene Ehefrau ganz ebenſo möglich, wie gegen jede Andere. Dieſe Stipulation ſteht dem Legate ganz gleich. Dieſer Sinn der Sache iſt in dem Schlußſatz der Stelle ganz deutlich ausgedrückt. Danach iſt die Gültigkeit der Stipulation, auch wenn für die aufgelöſte Ehe keine dos beſtand, ſehr erklärlich. Befremden könnte umgekehrt nur die von Proculus behauptete Ungültigkeit derſelben, ſo weit die ältere dos reicht. Der Einfluß, den hier die Beſtimmung dotis nomine äußert, beruht auf einem in mannichfachen Anwendungen wiederkehrenden Grundſatze der Römer, wonach eine einmal beſtellte dos auch auf die zweite Ehe fortwirkt.

l. 30. 40. 64. de jure dotium (23,3).

l. 32. soluto matrimonio (24,3). Vergl. oben S. 125.

Hiernach iſt die betrachtete Stelle viel eher geeignet, die Abhängigkeit der obligatoriſchen Wirkung der Stipulation von dergleichen ſpecialiſirenden Zuſätzen zu beſtätigen, als ſie zu widerlegen.

Was von den Stipulationen adjecta causa gilt, muß natürlich in noch höherem Grade von den materiellen Stipulationen im engeren Sinne gelten, in welchen der ganze Inhalt der Partheiverabredungen in natürlicher thatſächlicher Umſchreibung wiedergegeben wird. Dergleichen mündliche oder ſchriftliche Stipulationen haben genau denſelben obligatoriſchen Erfolg, wie das materielle Rechtsgeſchäft, welches ſie repräſentiren. Dies iſt auch dann der Fall, wenn ſie einem zweiſeitigen Rechtsgeſchäft angehören. Die Stipulation kann allerdings nur eine einſeitige Verbindlichkeit erzeugen; aber dieſe einſeitige Verbindlichkeit kann durch Bezugnahme auf die Gegenverbindlichkeit des Mitcontrahenten zu dieſer in daſſelbe Verhältniß gegenſeitiger Abhängigkeit geſetzt werden, wie die ſynallagmatiſchen Obligationen bei der emtio venditio, locatio conductio es ihrer Natur nach ſind. Die Stipulation abſorbirt in einem ſolchen Falle gewiſſermaßen die eine Seite des materiellen Contracts; und es iſt für den Erfolg ganz gleichgültig, ob die andere Seite in ihrer

7) Auch Bähr Anerkennung S. 103, Note 2 bezieht die Stelle irrthümlich auf eine stipulatio debiti.

natürlichen Beſchaffenheit verbleibt, oder ebenfalls in stipulatum deducirt wird, ſo daß dann das ganze zweiſeitige Geſchäft durch zwei von einander abhängige Stipulationen dargeſtellt wird. Gegenſeitige Stipulationen dieſer Art zwiſchen Käufer und Verkäufer kommen in den Quellen häufig vor.[8]) In dem früher bereits ausführlich erörterten Falle der l. 71. pr. pro socio (17,2) iſt ſogar von gleichlautenden gegenſeitigen Stipulationen zweier socii mit Bezugnahme auf einen vorausgeſchickten ausführlichen Contract die Rede:

> *inter se* his verbis *stipulati sunt:* haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri, neque adversus ea fieri; si ea ita data facta non erunt, tum decem dari?

Ich habe eben geſagt: dergleichen Stipulationen haben genau denſelben obligatoriſchen Erfolg, wie das materielle Rechtsgeſchäft, welches ſie repräſentiren. Dies iſt richtig, ſoweit man den ſachlichen Erfolg in Betracht zieht; es beſtand jedoch in gewiſſen Fällen ein proceſſualiſcher Unterſchied zwiſchen beiden. Sofern nämlich das materielle Rechtsgeſchäft ein bonae fidei judicium erzeugte, bedurfte es keiner Aufnahme einer beſonderen exceptio in die Formel nach dem Grundſatze: bonae fidei judiciis exceptiones insunt. Wohl aber war dies erforderlich gegenüber der Stipulationsklage, welche immer eine actio stricti juris war. Gerade dieſer proceſſualiſche Unterſchied giebt Veranlaſſung, daß ſich die römiſchen Juriſten mehrfach mit der Frage beſchäftigt haben. Die Hauptſtelle iſt:

> l. 3. de rescindenda venditione (18,5). Emtio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur antequam fuerit res secuta. Ideoque quaesitum est: si venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Julianus scripsit, ex emto quidem *agi non posse, quia bonae fidei judicio exceptiones pacti insunt.* Item venditorem ex stipulatu agentem *exceptione summoveri* oportet. Idemque juris est, si emtor quoque rem in stipulationem deduxerit.

Dergleichen Exceptionen wurden meiſt in factum concipirt, z. B.:

> l. 14. de exceptionibus (44,1). Filiusfamilias peculiarem servum vendidit, et pretium stipulatus est; is homo redhibitus et postea mortuus est, et pater ejus pecuniam ab emtore petebat, quam filius stipulatus erat. Placuit aequum esse, *in factum exceptionem* eum objicere, *quod pecunia ob hominem illum expromissa esset, qui redhibitus est.*
>
> l. 25. de actionibus emti (19,1.) Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit: *si*

8) Vergl. z. B. gleich nachher l. 3. i. f. de rescindenda venditione (18,5).

ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit, neque tradita est.

In der letzteren Stelle ist zwar nicht direct von einer Kaufgeld-Stipulation die Rede. Indessen hat schon Puchta (Instit. II. §. 170. Note t.) hervorgehoben, daß auf eine solche gerade aus der Fassung der exceptio geschlossen werden muß. Alle diese exceptiones in factum konnten auch durch die generelle doli exceptio: si in ea re nihil dolo A. A. factum sit, *neque fiat* ersetzt werden; deshalb kommt namentlich in späterer Zeit diese exceptio doli als das Hauptanfechtungsmittel der Stipulation vor. Wenn die Hauptklage ebenfalls stricti juris war, bestand ein processualischer Unterschied der beschriebenen Art in der Regel gar nicht. Nur gewisse gesetzlich specialisirte Exceptionen mußten auch in einem solchen Falle in exceptiones in factum verwandelt werden, z. B. die exceptio Senatusconsulti Macedoniani.

l. 20. de SC. Macedoniano (14,6). Si is, cui, dum in potestate patris esset, mutua pecunia data fuerat, paterfamilias factus eam pecuniam expromiserit, si petatur ex ea stipulatione, *in factum excipiendum erit.*

Einer exceptio im processualischen Sinne bedurfte es übrigens in den Fällen überhaupt nicht, wo die Stipulation mit der doli clausula versehen war; diese hatte ja gerade den Zweck, den Grundsatz doli exceptio inest auch auf die actio stricti juris anwendbar zu machen.

Aus diesen Betrachtungen geht hervor, daß der processualische Unterschied, von welchem ich spreche, auch in dem Zeitalter des Formularprocesses, mit welchem er ohnehin völlig verschwunden ist, praktisch von untergeordneter Bedeutnng war. Ich will zum Schluß nur noch der Vorstellung begegnen, als ob damit etwa eine Umkehrung der Beweislast verbunden gewesen wäre. Wenn wir die Formeln der l. 14. de exceptionibus und l. 25. de act. emti auf abstracte Stipulationen von der Form centum dare spondes? beziehen wollten, was an und für sich allerdings auch möglich wäre, dann müßte allerdings der Excipient mehr beweisen, als bei seiner Vertheidigung gegen die actio venditi; dann nämlich müßte er den Inhalt des Causalvertrages beweisen, daß die promittirten Hundert aus einem Kaufvertrage herrührten. Denken wir uns aber eine materielle Stipulation zu Grunde liegend, so konnte die Klage ebenso gut die condictio certi sein, aus deren Formel der specielle Klaggrund nicht ersichtlich war.

Si paret, A. A. N. N. ex stipulatu centum dare oportere. Die Formel der exceptio erforderte also genau eine solche Fassung, wie in jenen Beispielen:

si ea pecunia qua de agitur non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est.

Dennoch war nun der Excipient in einer ganz anderen Lage; er konnte vor dem judex, wo nun zuerſt der Klaggrund zur Erörterung kam, ſeine Verpflichtung zur Zahlung abſtracter Hundert einfach läugnen; auch wenn er mit einem qualificirten Geſtändniß ſeine Verpflichtung auf concrete Hundert, nämlich Kaufgeld, anerkennen mußte. Der Kläger hatte mit der materiellen Stipulation kein anderes Fundament, als eine nur in andere Form gekleidete Kaufgeldforderung; und dieſer gegenüber war dann die weitere Beweislaſt ganz ebenſo zu reguliren, wie bei der actio venditi. Gerade im Falle der l. 25. cit. iſt die Vorausſetzung einer materiellen Stipulation ſehr viel wahrſcheinlicher, weil wir aus Cato de re rustica c. 146. 147. wiſſen, daß dergleichen bei dem Verkaufe einer vindemia wie einer olea pendens ſeit älteſter Zeit in Uebung waren. (S. oben S. 236.)

§. 46. Bedeutung des Irrthums für die Anfechtbarkeit der Stipulation. Anfechtung durch Klage. Die Liberationsconditionen im Allgemeinen.

Ich habe bisher den obligatoriſchen Erfolg der materiellen Stipulationen gewiſſermaßen als eine abſolute Größe in Betracht gezogen. Dieſer Geſichtspunkt iſt aber für unſere Unterſuchung nicht der allein maßgebende. Von viel größerer Bedeutung iſt das relative Element, welches in der Beziehung der Stipulation zu einer ſachlich und in der Regel auch zeitlich präexiſtirenden Obligation deſſelben Inhalts enthalten iſt. Wir haben dieſes relative Element früher bereits bei der Betrachtung des liberatoriſchen Effects verfolgt. Der Wendepunkt der Entwickelung zeigte ſich hier darin, daß nach freier Wahl der Wille der Partheien auf Novation oder acceſſoriſche Geltung der Stipulation gerichtet ſein konnte. Von dem Augenblicke an, wo die alte und die neue Obligation als von einander unabhängige Objecte einer willkührlichen Dispoſition behandelt wurden, konnte ſich eine Rückſichtnahme der einen auf die andere auch für den obligatoriſchen Effect in einer beſonderen Willensrichtung bethätigen. Wenn Jemand daſſelbe Object, was er bereits ſchuldig war, noch einmal verſprach, mußte dabei in der Regel noch eine andere Abſicht, als die bloße Wiederholung zu Grunde liegen; wenigſtens in dem uns jetzt zunächſt beſchäftigenden Falle, wo die neue Obligation unter denſelben Partheien eingegangen wurde. Es konnte bei der Stipulation der Inhalt der älteren Schuld im Einzelnen in Bezug genommen, eine beſondere Modalität der Obligation beſeitigt, oder eine neue hinzugefügt werden. Beides konnte geſchehen, ſowohl um die Verpflichtung des Promittenten einzuſchränken, als um ſie zu verſtärken

oder auszudehnen. Einerseits konnte eine Bedingung, eine Einrede oder ein sonstiges Anfechtungsmittel ausdrücklich vorbehalten werden, andrerseits konnte es ausdrücklich aufgegeben, und so an Stelle einer eingeschränkten oder selbst ganz unwirksamen Obligation eine neue und wirksame constituirt werden. Die Fälle der letzteren Art sind die häufigeren und wichtigeren. Das relative Element in dem Willen der Partheien, von welchem ich spreche, zeigt sich überwiegend in der Richtung der Befestigung und Anerkennung einer bestehenden Schuld.

Die Willenserklärung der Partheien konnte hier, wie in anderen Fällen, ebenso gut ausdrücklich, wie stillschweigend, d. h. durch concludente Handlungen erfolgen; und der Natur der Sache nach mußte schon aus dem erneuten Versprechen auf die Absicht geschlossen werden, eine wirksame Schuld zu contrahiren. Dieser Schluß ist besonders dann gerechtfertigt, wenn die ältere Schuld ungültig oder anfechtbar war, und der Promittent dennoch eine neue Verbindlichkeit eingeht, obwohl ihm seine besseren Vertheidigungsmittel bekannt waren. Wer wissentlich eine Nichtschuld promittirte, der verzichtete darauf, seine Verbindlichkeit von Neuem in Frage zu stellen, oder anzufechten. Er übte insoweit eine Liberalität gegen den Gläubiger aus; seine Verpflichtung ist als eine unbedingte gewollt und beabsichtigt. Dies ist ein in den Quellen vielfach anerkannter Grundsatz.

l. 47. de operis libertorum (38,1).

l. 62. de condictione indebiti (12,6).

l. 20. §. 1. de donationibus (39,5).

Hieraus folgt von selbst, daß Anfechtungsmittel, welche der älteren Obligation entgegenstanden, dem Promittenten in der Regel nur dann zu Statten kommen konnten, wenn sie ihm bei Uebernahme der neuen Verbindlichkeit unbekannt waren, sei es, daß diese Unbekanntschaft in einem bloßen Nichtwissen oder in einem Falschwissen, ignorantia oder error ihren Grund hatte. Daher ist es sehr natürlich, daß error oder ignorantia in den Quellen häufig als Voraussetzung der Anfechtbarkeit der Stipulation genannt werden z. B.

l. 66. §. 4. soluto matrimonio (24,3). S. oben S. 280.

Soweit wir aber nur der Natur der Sache folgen, hat diese Voraussetzung der Unwissenheit oder des Irrthums nur eine negative Bedeutung. An sich stehen einem indebitum promissum dieselben Einreden entgegen wie der älteren Schuld. Sie gehen nur verloren, so weit sie aufgegeben werden, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend. Wenn aber auf ein stillschweigendes Aufgeben der Einreden geschlossen werden soll, ist die Wissenschaft des Promittenten ein positives Erforderniß. Also: für das indebitum promissum ist nicht der Irrthum das Fundament der Anfechtung, sondern das Wissen von einer Nichtschuld Grund

der Unanfechtbarkeit. Das Fortwirken der Einreden aus der alten Schuld auf die neue ist die Regel; der Untergang derselben die Ausnahme. Daraus ergeben sich wichtige praktische Consequenzen. Zuerst: Der Promittent braucht nicht seinen Irrthum oder sein Nichtwissen zu beweisen, sondern ihm muß seine Wissenschaft bewiesen werden. Sodann: auch ein verschuldeter Irrthum kommt ihm zu Statten, weil auch dieser genügt, die positive Wirkung seiner Wissenschaft auszuschließen.

Es fragt sich nun: Ist dieses aus der Natur der Sache abgeleitete Verhältniß des Irrthums zu der Anfechtbarkeit der promissio debiti durch die Entwickelung des positiven Rechts bei den Römern modificirt worden? Diese Frage liegt um so näher, als bekanntlich bei dem indebitum *solutum* der Irrthum im römischen Recht eine andere Bedeutung hat. Hier ist er Fundament der condictio indebiti. Deshalb muß er bewiesen werden, und muß entschuldbar sein.

Wir haben bei der promissio debiti bisher nur die Anfechtung im Wege der Einrede in Betracht gezogen. Die Römer hatten aber auch ein zweites Rechtsmittel zu diesem Behuf, durch welches die Anfechtung im Wege der Klage geltend gemacht werden konnte: eine *condictio* indebiti promissi. Mit der Geschichte dieses zweiten Rechtsmittels hängt die eben gestellte Frage nach der Bedeutung des Irrthums auf das genaueste zusammen. Ursprung und Wesen dieser Condiction muß uns deshalb jetzt zunächst beschäftigen.

Die römischen Juristen gaben unter gewissen Umständen dem Promittenten überhaupt gegen den Stipulanten eine Klage unter dem Namen condictio, deren Erfolg darin besteht, daß die eingegangene Verbalobligation auf förmliche Weise wieder aufgehoben wird. Der Grund zu dieser Aufhebung bestand immer darin, daß das Resultat der Stipulation mit der zu Grunde liegenden wirklichen Absicht der Partheien in Widerspruch stand. Wenngleich unter diesen Umständen der Promittent sich bereits einredeweise gegen die Klage des Stipulanten vertheidigen konnte, wurde es doch der aequitas widersprechend gehalten, daß er auch nur jure civili verhaftet blieb; deshalb sollte die Obligation auch in ihrem formellen Werthe wieder gelöst werden. Das Mittel dazu war regelmäßig die Acceptilation, daher wird als Gegenstand der Klage bezeichnet: ut accepto ei feratur, ut acceptilatione liberetur. Mit Rücksicht auf diesen Erfolg heißt die Klage condictio liberationis; mit Rücksicht auf den Inhalt der Vermögenszuwendung, welche sie rückgängig zu machen bestimmt ist, wird sie auch condictio obligationis genannt. Da die Liberation in einem facere besteht, war die Klage immer eine condictio incerti.

Bei der Untersuchung dieser eigenthümlichen Art von Klagen muß vorweg vor einer Verwirrung gewarnt werden, deren sich die meisten

neueren Schriftſteller ſchuldig gemacht haben. Es kommt nämlich in den Quellen noch eine andere ebenfalls auf Liberation gerichtete condictio incerti vor, welche aber dem Promittenten nicht gegen den Stipulanten, ſondern gegen einen Dritten zuſteht. Wir haben den Hauptfall dieſer Klage bereits in der Delegationslehre kennen gelernt. Es handelt ſich dabei nicht um den Widerruf eines durch die Form aus dem Ganzen der Partheiverabredungen losgelöſten Forderungsrechtes, ſondern eines jenem Dritten materiell bei dem Stipulanten zugewendeten Guthabens. Demgemäß hat denn auch die Liberation als Zweck dieſer Klage eine ganz andere Bedeutung, wie in unſerem Falle. Es iſt nicht die bloß formelle Auflöſung einer ſchon an ſich anfechtbaren Obligation, die durch einfache Acceptilation vollzogen wird; ſondern es iſt die Befreiung von einer in der Regel nicht anfechtbaren Schuld, welche der in Anſpruch Genommene nur unter Mitwirkung des Gläubigers, ſchlimmſtenfalls durch deſſen wirkliche Befriedigung erreichen kann. Dieſe andere Liberationscondiction hat alſo mit dem Gegenſtande unſerer jetzigen Unterſuchung wenig mehr als den Namen gemein; ſie muß von unſerer folgenden Betrachtung, welche ſich lediglich auf die Klage des Promittenten gegen den Stipulanten bezieht, völlig ausgeſchloſſen bleiben.

In neuerer Zeit iſt verſchiedentlich die Frage nach der Entſtehungszeit der Liberationscondictionen erörtert worden, und zwar insbeſondere im Verhältniß zu der exceptio doli als der allgemeinſten proceſſualiſchen Geſtalt für die Rechtsmittel, deren ſich der Promittent einredeweiſe gegen den Stipulanten bedienen kann. Die Erfindung der exceptio doli wird auf Grund einer Notiz bei Cicero (de officiis III, c. 14.), deren Zuverläſſigkeit vielleicht überſchätzt wird, dem Aquilius Gallus zugeſchrieben. Man glaubt daher mit dem relativen zugleich das abſolute Alter der Condictionen wenigſtens annäherungsweiſe beſtimmen zu können. Bähr (Anerkennung S. 94) hält die Klage für älter, Heimbach (Creditum S. 384) und namentlich Witte (Bereicherungsklagen §. 7) für jünger als die Einrede. Ich nehme keinen Anſtand, mich im Allgemeinen der letzteren Anſicht anzuſchließen. Es finden ſich mehrfache Spuren in den Quellen, welche auch bei den claſſiſchen Juriſten noch auf Zweifel über die Zuläſſigkeit der Klage hinweiſen; z. B. l. 5. §. 1. de act. emti (19,1), l. 9. §. 3. quod metus causa (4,2).[1]) Dagegen iſt es eine ganz unrichtige Auffaſſung, wenn die genannten Schriftſteller ebenſo wie Gneiſt (Formelle Verträge S. 190) die Condiction als ein aus der exceptio doli abgeleitetes Rechtsmittel betrachten. Die Klage gehört dem Civilrecht, die Einrede dem prätoriſchen Recht an; beide ſind in ihrer

1) Die letztere Stelle ſpricht allerdings nicht von einer condictio, ſondern von der actio quod metus causa, alſo einer Delictsklage des Promittenten gegen den Stipulanten; indeſſen iſt der Geſichtspunkt offenbar ein verwandter.

Entwickelung an sich von einander völlig unabhängig. Wo eine Klage begründet ist, kann der Promittent sich jedesmal auch mit einer auf demselben Rechtsgrunde beruhenden Exception gegen den Stipulanten schützen. Das folgt aus dem allgemeinen Grundsatze der

l. 156. §. 1. de reg. juris (50,17). Cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit.

Umgekehrt aber ist nicht in allen Fällen, wo der Promittent eine Einrede gegen den Stipulanten hat, nothwendig auch eine Klage begründet. Die materielle Rechtssicherheit erfordert dieses zweite Rechtsmittel nicht, der Promittent ist gegen ungerechte Benachtheiligung genügend geschützt, wenn er eine wirksame Vertheidigung gegen die Klage des Stipulanten hat. Die Möglichkeit, auch angriffsweise zu Werke zu gehen, erhöht nicht seine Sicherheit, sie dient nur seiner Bequemlichkeit, weil er nun den Zeitpunkt des Rechtsstreits — etwa mit Rücksicht auf brauchbare Beweismittel — nach Belieben wählen kann. Es läßt sich daher sehr wohl ein Rechtszustand denken, in welchem dergleichen nur auf formale Feststellung eines Rechtsverhältnisses abzielende Klagen überhaupt nicht existiren.

Die condictiones promissi sind vielmehr offenbar eine Nachbildung der condictiones datorum. Sie beruhen wie diese auf dem Grundsatze, daß eine Vermögenszuwendung widerrufen werden kann, wenn sie mit dem Gesammtinhalt des Partheiwillens, aus dem sie hervorgegangen ist, in Widerspruch tritt.

— quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit. l. 66. de cond. indebiti (12,6).

Was von der Uebertragung von Eigenthum galt, ist auf die Constituirung eines Forderungsrechtes analog angewendet worden. Diese ist wie jene als eine condictionsfähige Leistung, als eine res behandelt worden, welche mit ihrer causa in einen Gegensatz tritt, und je nach dem besonderen Inhalt derselben der Rückforderung unterliegt.

Die Gleichstellung von datum und promissum in dieser Beziehung wird von der herrschenden Lehre für eine ursprüngliche und vollständige gehalten.[2]) Beides halte ich für unrichtig. Die Liberationscondictionen sind eine jüngere Rechtsbildung und haben niemals denselben Umfang erreicht, wie die condictiones datorum. Bekanntlich unterschieden die Römer hinsichtlich der Bedingungen dieser Art von Klagen drei Hauptfälle:

2) Vergl. besonders Bähr Anerkennung §§. 24. 25. — Daher hat Savigny (System Bd. V., S. 642) aus dem als feststehend angenommenen höheren Alter der Condictionen überhaupt auf eine gleiche Ursprünglichkeit der condictio incerti; umgekehrt Witte (Bereicherungsklagen §. 7.) aus dem jüngeren Alter der Liberationscondictionen auf einen gleich neuen Ursprung aller Bereicherungsklagen geschlossen. Beide Schlüsse sind gleich ungerechtfertigt.

condictio causa data, causa non secuta (Dig. 12,4) oder ob causam datorum (Cod. 4,6),
condictio indebiti (Dig. 12,6, Cod. 4,5),
und condictio ob turpem vel injustam causam (Dig. 12,5, Cod. 4,7).

Im ersten Falle beruht die Klage auf einem obligatorischen Causalvertrage, es wird um einer künftigen Gegenleistung willen gegeben (causa futura); im zweiten Falle liegt ein liberatorischer Causalvertrag zu Grunde, die Gegenleistung liegt in der Vergangenheit (causa praecedens); im dritten Falle endlich gründet sich die Klage gar nicht auf den Willen der Partheien, sondern auf eine zwingende Veranlassung des objectiven Rechts. Gegenüber diesen drei Gattungen der condictiones datorum haben die Liberationscondictionen ein ungleiches Stadium der Ausbildung erlangt. Im classischen Recht gab es eine condictio ob causam promissi in vollem Umfange, dagegen eine condictio indebiti promissi nur in sehr beschränktem Maße. Die letztere verdankt ihre vollständige Entwickelung erst der nachclassischen Periode, und ihren Abschluß dem Justinianischen Rechte. Eine condictio ob turpem vel injustam causam promissi hat es niemals gegeben.

Die Hauptstelle, in welcher das Verhältniß der Liberationscondictionen zu den condictiones datorum ex professo besprochen wird, ist:

l. 1. de condictione sine causa (12,7). Est et haec species condictionis, si quis *sine causa promiserit*, vel si *solverit* quis *indebitum*. Qui autem promisit sine causa, condicere quantitatem non potest, quam non dedit, sed ipsam obligationem.

§. 1. Sed et si *ob causam promisit*, causa tamen secuta non est, dicendum est, condictionem locum habere.

§. 2. Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi, quae finita est, vel secuta non est, dicendum est, condictioni locum fore.

§. 3. Constat, *id demum* posse condici alicui, *quod* vel *non ex justa causa* ad eum *pervenit*, vel redit ad non justam causam.

Diese Stelle ist zugleich diejenige, welche hauptsächlich den Schein allgemeiner Gleichstellung zwischen datum und promissum erweckt hat. Die Veranlassung dazu hat namentlich der Ausdruck *sine causa* promisit gegeben, weil in Bezug auf das datum die Bezeichnung condictio sine causa keine technische Bedeutung hat, sondern ganz allgemein von allen Gattungen der Condictionen gebraucht wird. Bei näherer Betrachtung wird sich dieser Schein sogleich als unbegründet herausstellen. Sine causa *promittere* hat nämlich eine im Folgenden

näher zu erörternde technische Bedeutung, und bezeichnet dasjenige Correlat des solvere indebitum, für welches schon im classischen Recht die Condictionsfähigkeit der promissio anerkannt war. Mit diesem wahrscheinlich ältesten Falle der Liberationscondiction, der deshalb im Principium der Stelle mit der condictio indebiti soluti zusammengestellt ist, beginnt der Jurist seine Darstellung. Dann folgt im §. 1. der Fall der promissio ob causam, welche ebenfalls als condicirbar anerkannt wird. Die Wendung

dicendum est, condictionem locum habere,

deutet hier schon an, daß dieser Satz das Resultat einer der Theorie angehörigen analogen Anwendung allgemeiner Grundsätze ist, die um so weniger überraschen darf, als in dem Hauptfalle der condictio causa data causa non secuta, nämlich dem der sogenannten Innominatcontracte, eine durchgängige Gleichstellung von dare und facere adoptirt war.

Vergl. l. 5. praescriptis verbis (19,5).

Sonstige Beispiele dieser condictio ob causam promissi kommen vor in l. 46. pr. i. f. de jure dotium (23,3), l. 76. eod. — ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae *mortis causa condictio est.*

In dem §. 2. unserer l. 1. cit. faßt nun der Jurist die zulässigen Arten der Liberationscondiction noch einmal recapitulirend zusammen,[3]) und im Gegensatz dazu schließt sich sodann der in diesem Zusammenhange wenig beachtete §. 3. an, welcher von der condictio ex injusta causa spricht. Hier ist nicht das promissum, sondern nur das datum, id demum quod pervenit, condicirbar. Diesen letzten Punkt habe ich schon bei einer früheren Gelegenheit (S. 194) berührt und darauf aufmerksam gemacht, daß auch gegenüber den Tilgungsacten in diesem Falle keine condictio, sondern eine actio restitutoria gegeben wird. Hier muß sich unser Hauptinteresse auf das Gebiet der condictio indebiti concentriren.

3) Ganz derselbe Gedankengang wiederholt sich in der folgenden, ebenfalls von Ulpian herrührenden Parallelstelle, welche die der condictio correspondirenden exceptio doli behandelt:

l. 2. §. 3. de doli exceptione (44,4). — Si quis *sine causa* ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit. — Et si quum interponeretur, justam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est, nec credidit, *et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta, aut finita est,* dicendum erit, nocere exceptionem.

Sine causa stipulari ist auch hier in dem gleich näher zu erörternden technischen Sinne zu nehmen.

§. 47. Die condictio indebiti promissi insonderheit. Classisches Recht.

Die condictio indebiti *soluti* wird von der älteren römischen Theorie mit der condictio ex mutuo zusammengestellt, war also wohl ursprünglich ebenso streng auf das datum beschränkt, wie diese, mit der sie die Formel si paret centum *dare* oportere gemein hatte.

Gaj. III. §§. 90. 91.

Wenn nun später die Klage auch auf den Widerruf eines indebite factum ausgedehnt wurde, so führt doch diese Analogie noch nicht unmittelbar auf die condictio indebiti promissi im späteren Sinne. Wer eine Zahlung als indebitum condicirt, der sagt: ich habe gezahlt, was ich nicht schuldig war zu zahlen. In der Uebersetzung für den Fall der promissio lautet dieser Satz: ich habe promittirt, was ich nicht schuldig war zu promittiren, und nicht: ich habe promittirt, was ich nicht schuldig bin zu zahlen. Das natürliche Correlat einer condictio indebiti soluti ist also eine condictio indebite, nicht indebiti promissi, d. h. eine auf der besonderen Voraussetzung beruhende Klage, daß eine Verpflichtung zur Promission bestanden hatte oder als bestehend angenommen worden war. Genau dasselbe ist nun der Fall, den die Römer als condictio *sine causa* promissi bezeichnen. Wahrscheinlich auf diesen Fall als einen technisch ausgezeichneten bezieht sich auch ursprünglich die Titelüberschrift: de condictione sine causa (Dig. 12,7), unter welcher sich außer der bereits betrachteten l. 1. auch die folgende Hauptstelle über den Gegenstand befindet:

> l. 3. de condictione sine causa (12,7). Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt, ut liberentur, nec refert, omnem quis obligationem sine causa suscipiat, an majorem, quam *suscipere eum oportuerit*, nisi quod alias condictione id agitur, ut omni obligatione liberetur, alias, ut exoneretur, veluti qui decem promisit; nam siquidem nullam causam promittendi habuit, incerti condictione consequitur, ut tota stipulatio accepto fiat; at si, quum quinque *promittere deberet*, decem promisit, incerti condictione consequetur, ut in quinque liberetur.

Causa promittendi bedeutet also hier nicht eine vorausgegangene gültige Schuld über das Object der Promission, sondern ein promitti *debere*, obligationem suscipi *oportere*. Den Hauptfall einer solchen Verpflichtung zur Promission geben die prätorischen Stipulationen ab, welche vielleicht zur Entstehung der Liberationscondictionen überhaupt die erste Veranlassung gegeben haben.

Folgende zwei Quellenſtellen geben über die Natur dieſer condictio sine causa promissi in ihrer Reinheit Auskunft:

l. 1. pr. ut in possess. legat. (36,4). Si quis, cum vetitus esset, satis accipere, acceperit, *an repeti satisdatio ista possit, ut heres condicat liberationem?* Et quidem si *sciens* heres indebitum cavit, *repetere non potest.* Quid deinde, *si ignoravit* remissam sibi satisdationem? *Potest condicere.* — Quid deinde si commissa sit stipulatio? fidejussores putamus exceptione uti posse, an non? Et magis est, ut utantur exceptione, *quia ex ea causa intercessit satisdatio, ex qua non debuit.*

l. 4. §. 5. si quis cautionibus (2,11). Item quaeritur, si quis quum judicio sistendi causa satisdare non deberet, satisdato promiserit, an fidejussoribus ejus exceptio detur? Puto interesse utrum *per errorem* satisdato promissum est, an *ex conventione*; si *per errorem, dandam fidejussoribus exceptionem,* si *ex conventione, minime dandam.* Nam et Julianus scribit si judicio sistendi causa pluris quam statutum est, *per ignorantiam* promissum fuerit, *exceptionem dari debere.* Si autem *ex conventione* tantae summae promissio facta sit, *exceptionem pacti conventi replicatione infirmandam*, Julianus ait.

In der zweiten Stelle iſt allerdings nur von der Anfechtung durch eine exceptio die Rede; es kann aber keinem Bedenken unterliegen, daß auch eine denſelben Grundſätzen folgende condictio begründet iſt. Die Entſcheidung iſt in beiden Fällen dieſelbe: Klage und Einrede ſind zuläſſig, wenn die Caution in der irrthümlichen Annahme einer Verpflichtung geleiſtet iſt; ſie iſt ausgeſchloſſen, wenn dem Promittenten ſeine Cautionsfreiheit bekannt war und er darauf ſtillſchweigend oder ausdrücklich verzichtete. Beide Stellen kommen auch in dem Nebenpunkte überein, daß nicht dem Hauptſchuldner allein, ſondern auch ſeinen Fidejuſſoren die Einrede zugeſtanden wird.

Ich habe ſchon darauf aufmerkſam gemacht, daß auch von den Römern dieſe Klage als ein Correlat der gewöhnlichen condictio indebiti aufgefaßt worden iſt.

l. 1. pr. cit. de condictione sine causa (12,7).

Von den heutigen Bearbeitern dieſer Lehre iſt ſie bisher ohne Ausnahme mit derſelben vollſtändig zuſammengeworfen worden. Gleichwohl iſt die Verwandtſchaft nur eine ziemlich entfernte. Die Unterſchiede fallen bei näherer Betrachtung ſogleich ins Auge. In der zweiten unſerer Stellen handelt es ſich gar nicht um eine stipulatio debiti, ſondern ob causam futuram (judicio sistendi causa). In der erſten gründet ſich die Caution allerdings auf eine beſtehende Schuld ex legato, aber dieſes

vorausgegangene debitum ſpielt gar keine Rolle, vielmehr wird die Klage auch dann zugelaſſen, wenn das Legat gültig war, ſofern nur die Cautionspflicht nicht beſtand.

Es darf daher nicht befremden, daß die charakteriſtiſchen Eigenſchaften der condictio indebiti von den Römern auf unſere Klage keineswegs übertragen worden ſind. Bei jener war, wie bemerkt, der Irrthum Fundament der Klage; es mußte ein entſchuldbarer, alſo thatſächlicher ſein; er mußte ſowohl ſeinem objectiven Beſtandtheile nach (indebitum), als ſeinem ſubjectiven nach, wenn es deſſen bedurfte, von dem Condicenten bewieſen werden. Ich nehme dieſe Sätze hier um ſo mehr als feſtſtehend an, als ſie in der heutigen Jurisprudenz kaum mehr ſtreitig genannt werden können. Bei der condictio sine causa promissi des älteren Rechts iſt der Einfluß des Irrthums auf demjenigen Standpunkte ſtehen geblieben, den ich oben als aus der Natur der Sache folgend entwickelt habe; er hat nur die negative Bedeutung, einen Verzicht des Promittenten auszuſchließen. So gering das uns erhaltene Quellenmaterial iſt, ſo genügt es doch, um dieſe Behauptung zu erweiſen. Zunächſt iſt auf den Schlußſatz der zweiten unter den eben mitgetheilten Stellen zu verweiſen:

exceptionem pacti conventi replicatione infirmandam.

Hier iſt deutlich ausgeſprochen, daß die Wiſſenſchaft des Promittenten oder eine ihr gleich ſtehende ausdrückliche conventio eine Replik gegen ſeine Einrede — auf den Fall der Condiction übertragen: eine Einrede gegen ſeine Klage erzeugt. Die Condiction iſt an ſich begründet, ſobald feſtſteht, daß der Promittent über ſeine geſetzliche Verpflichtung hinausgegangen iſt. Der Condicent braucht, wenn es deſſen überhaupt bedarf, nur zu beweiſen: vetitum esse satis accipere, pluris quam statutum est promissum esse. Daß er scienter oder ex conventione promittirt hat, iſt Gegenſtand des Einredebeweiſes. Aus demſelben Grunde kommt ihm denn auch ein Rechtsirrthum zu Statten, was in der erſten unſerer Stellen ſogar ausdrücklich anerkannt iſt:

Si vero hoc non potuisse remitti crediderit, numquid condicere possit, qui jus ignoravit? Adhuc tamen benigne quis dixerit, satisdationem condici posse.

Für die weitere Entwickelung iſt nun derjenige Fall von beſonderem Intereſſe, in welchem eine ex necessitate, eine debite geleiſtete promissio zugleich wirklich eine promissio debiti war. Dies traf, wie wir geſehen haben, beiſpielsweiſe bei der cautio legatorum servandorum causa zu, und dieſes Beiſpiel iſt zur Erläuterung der Sache beſonders geeignet, weshalb ich die folgende Darſtellung zunächſt an daſſelbe anknüpfen will.

Wer eine cautio legatorum servandorum anfechten wollte, konnte nämlich ſeinen Anfechtungsgrund unter Anderem auch daraus hernehmen,

daß derſelben kein gültiges Legat zu Grunde lag. In ſolchem Falle konnte die Cautionspflicht im Allgemeinen unbeſtritten ſein, ſie führte nur im beſonderen Falle zu einem dem materiellen Rechte widerſprechenden Reſultat. Auch hier war ſchon im älteren Rechte nicht blos eine Einrede, ſondern auch eine Liberationscondiction geſtattet.

> l. 5. §. 1. de actionibus emti (19,1). — *Si falso existimans se damnatum dare promisisset*, agentem doli mali exceptione summoveret. Pomponius etiam *incerti condicere eum posse* ait, *ut liberetur*.

Dies iſt denn der Anfang einer wirklichen condictio indebiti promissi, und von den ſpäteren Pandektenjuriſten wird auch ſchon dieſer Name dafür gebraucht.

> l. 31. de condictione indebiti (12,6).
>
> l. 25. §. 4. de probationibus (22,3).

Der Natur der Sache nach iſt wiederum ein Irrthum Vorausſetzung der Klage; es fragt ſich aber, ob in Bezug auf Beweis und Entſchuldbarkeit dieſes Irrthums die Regeln der condictio indebiti soluti oder der condictio sine causa promissi gegolten haben. Die folgende Unterſuchung wird ergeben, daß urſprünglich das letztere der Fall geweſen iſt.

Um uns die Bedeutung der in Frage ſtehenden Liberationscondiction zu vergegenwärtigen, müſſen wir uns erinnern, daß die cautio legatorum servandorum causa gar nicht die Beſtimmung hatte, dem Legatar ein neues ſelbſtſtändiges Fundament für ſeinen Anſpruch zu gewähren, ſondern nur die künftige Erfüllung deſſelben ſicher zu ſtellen. Die Stipulation war alſo, wie alle stipulationes debiti, abſolut genommen, ebenſo anfechtbar wie das Legat. Wir haben hierfür in unſerem Falle noch ein ausdrückliches Zeugniß:

> l. 1. §. 14. ut legatorum (36,3). Huic stipulationi easdem causas et conditiones inesse sciendum est; proinde si qua sit exceptio, quae petenti legatum opponi solet, eandem ex stipulatu quoque agenti opponendam esse placet.

Was von der Vertheidigung des Erben gilt, findet auch auf ſeinen Angriff Anwendung. Er braucht kein ſelbſtſtändiges Obligationsfundament zu beſeitigen, ſondern fordert einfach Befreiung von der geleiſteten Sicherheit; das praktiſche Intereſſe der Klage richtet ſich hauptſächlich darauf, daß dieſe Befreiung (durch Acceptilation) nicht bloß ihm ſelbſt, ſondern auch ſeinen Bürgen zu Gute kommt. Hiernach braucht er ſeine Klage nicht weiter zu begründen, als ſo: ich habe jussu praetoris eine cautio legatorum servandum causa geleiſtet, ich läugne aber ein Legat ſchuldig zu ſein. Dann kann der Legatar entweder den Beweis eines gültigen Legats übernehmen, oder erwidern: Du haſt wiſſentlich eine Nichtſchuld promittirt. Nur um die Möglichkeit der letzteren Erwiderung auszu-

ſchließen, kann man ſagen, daß der Kläger ſich im Irrthum befunden haben muß: *falso existimans* se damnatum dare promisit.

Dieſe Analyſe der proceſſualiſchen Stellung der Partheien macht es erklärlich, warum in der condictio indebiti promissi des claſſiſchen Rechts der Beklagte den Beweis der Schuld zu führen hatte. Ich nehme für dieſen, bisher, wie ich glaube, nirgends richtig erkannten Satz zunächſt das Zeugniß des Paulus in der berühmten l. 25. §. 4. de probationibus (22,3)[1]) in Anſpruch. Die Frage, wie viel von dieſer Stelle dem Paulus, wie viel den Juſtinianiſchen Compilatoren angehört, iſt freilich unter allen Interpreten ſehr ſtreitig, und eine ſichere Entſcheidung kaum möglich. Indeſſen halte ich doch in der Hauptſache eine Sonderung des ächten Kernes von den ſpäteren Zuſätzen für ausführbar, die ich vorbehaltlich näherer Rechtfertigung für jetzt zu Grunde legen will, nämlich:

> Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur (et indiscrete loquitur), tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, (nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit. Tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse.)

Der in Klammern eingeſchloſſene Theil der Stelle ſoll vorläufig als interpolirt gelten und bei der jetzigen Unterſuchung außer Betracht bleiben. Hiernach iſt alſo der Inhalt der Entſcheidung des Paulus einfach der: Bei der Anfechtung einer indebite ausgeſtellten cautio kommen andere Grundſätze zur Anwendung, als bei der Rückforderung einer indebite geleiſteten Zahlung. Hier hat nicht der Condicent die Nichtſchuld, ſondern der Gläubiger die Schuld zu beweiſen.

Was nun die Bedeutung dieſer Stelle im claſſiſchen Rechte anbelangt, ſo kann es zuvörderſt keinem Zweifel unterliegen, daß hier von einer wirklichen Liberationscondiction die Rede iſt, ſo daß unter cautio nicht etwa ein bloßes Schuldbekenntniß, ſondern eine Stipulation zu verſtehen iſt, von welcher der Kläger Befreiung durch Acceptilation fordert. Ferner befinden wir uns augenſcheinlich auf einem ſpeciellen Gebiete der Liberationscondictionen; es wird nicht von einer stipulatio ob causam, ſondern von einer stipulatio debiti gehandelt; d. h. von einer materiellen Stipulation, die ſich ſelbſt als eine relative, auf ein

1) Die zahlreichen älteren und neueren Erklärungsverſuche der Stelle, welche eine eigene umfangreiche Litteratur bilden, kritiſch zu erörtern, muß ich mir verſagen, um nicht zu weit von dem Hauptgegenſtande der Unterſuchung abgelenkt zu werden.

vorausgegangenes Schuldverhältniß gegründete ankündigt und als ſolche zwiſchen den Partheien feſtſteht. Der Grund des Unterſchiedes, welchen der Juriſt zwiſchen indebitum solutum und indebitum promissum macht, wird erſt verſtändlich, wenn man das Letztere mit dem promissum sine causa im techniſchen Sinne der älteren Zeit in Zuſammenhang bringt, wie ich ihn eben an dem Beiſpiele der Legatscaution dargeſtellt habe. Die condictio indebiti promissi iſt urſprünglich offenbar nur ein beſonderer Fall der condictio sine causa promissi; ſie hat ſich im engſten Anſchluſſe an dieſe entwickelt und folgt denſelben Bedingungen und Geſetzen.

Zu den Vorausſetzungen dieſer Klage gehörte, wie wir geſehen haben, hauptſächlich ein *oportere* promitti, eine vorausgegangene Nothwendigkeit der Promiſſion. Dieſe Vorausſetzung iſt allerdings in der l. 25. §. 4. de probationibus nicht ausgeſprochen. Paulus hatte dazu aber auch gar keine Veranlaſſung, denn wahrſcheinlich waren zu ſeiner Zeit die voluntariae promissiones debiti gar nicht mit einer Condiction, ſondern nur mit einer Exception anfechtbar. Wenn er alſo überhaupt von einer Klage ſprach, konnte er nach dem damals geltenden Rechte nur den Fall einer necessaria promissio im Auge haben. Auf dieſes ganz beſtimmte Feld iſt die urſprüngliche Beziehung unſerer Stelle zu beſchränken.

Der hiſtoriſche Entwickelungsgang, welchen ich hier zur Grundlage der Exegeſe nehme, bleibt allerdings in ſeinem Detail hypothetiſch. Der Zeitpunkt, bis zu welchem die condictio indebiti promissi innerhalb ihrer urſprünglichen Grenzen geblieben iſt, läßt ſich mit Sicherheit nicht feſtſtellen. Indeſſen iſt die Vermuthung, daß die ganze ſpätere Entwickelung der nachclaſſiſchen Periode angehört, inſoweit wohl begründet, als alle bei den Pandektenjuriſten vorkommenden Beiſpiele der Klage ſich auf Fälle nothwendiger Promiſſion zurückführen laſſen.

Außer den bisher betrachteten Stellen gehört hierher eigentlich nur noch eine, nämlich

> l. 31. de condictione indebiti (12,6). Is qui plus, quam hereditaria portio efficit, per errorem caverit, *indebiti promissi habet condictionem.*

Auch hier beruht die Zuläſſigkeit der Condiction nicht etwa auf einem allgemeinen Grundſatze, ſondern auf der Beſonderheit des Falles. Es beſtand nämlich im älteren römiſchen Rechte bei der Theilung einer Schuld durch Erbgang ebenfalls eine Verpflichtung der Miterben, dem Gläubiger über ihre Antheile Cautionen auszuſtellen. Ob dieſe Cautionspflicht — die jedenfalls nur auf nuda repromissio ging — auf der prätoriſchen Jurisdiction oder auf der Praxis des Civilrechts beruhte, bleibt zweifelhaft; die Sache ſelbſt iſt deutlich erkennbar aus

c. 1. si certum petatur (4,2) — quum creditoribus *secundum formam veteris juris* pro portione tua caveris.

Wir haben uns also die Klage, von der Ulpian in l. 31. cit. spricht, ebenso beschaffen zu denken, wie die in unserem früheren Beispiele. Der Kläger sagt nur: ich habe secundum formam veteris juris eine cautio pro portione hereditaria ausgestellt, ich leugne aber einen Theil der Schuld. Dem gegenüber hat der Beklagte entweder den höheren Betrag der Schuld oder die Wissenschaft des Promittenten zu erweisen. Daher kann der Kläger nur gewinnen, wenn er *per errorem* cavit.

Eine andere Stelle von Ulpian:

l. 24. de condictione indebiti (12,6). Si is qui perpetua exceptione tueri se poterat, quum sciret sibi exceptionem profuturam, promiserit aliquid, ut liberaretur, condicere non potest

würde nur dann hierher gehören, wenn man die Worte: ut liberaretur zu condicere beziehen müßte. Es ist vielleicht natürlicher, sie mit promiserit zu verbinden; denn die Ausdrucksweise promiserit *aliquid* läßt nicht undeutlich darauf schließen, daß der Jurist ein von der früheren Obligation verschiedenes Object der promissio im Auge hat. Wir würden es in diesem Falle gar nicht mit einer promissio debiti, sondern mit einer promissio ob causam zu thun haben, deren Condictionsfähigkeit nach l. 1. §. 1. de cond. sine causa (12,7) außer Zweifel war. Aber auch wenn wir bei der gewöhnlichen Interpunction der Stelle stehen bleiben, kann dieselbe nicht als Gegenbeispiel benutzt werden. Der Jurist macht nicht den Anspruch, die Voraussetzungen einer condictio indebiti promissi vollständig vorzutragen. Wir dürfen hier, wie bei der l. 25. §. 4. de probationibus eine promissio ex necessitate als unstreitige Bedingung der Klage subintelligiren. Es wird in der Stelle nur der eine Grundsatz abgehandelt, daß die Wissenschaft des Promittenten eine Condiction ausschließt. Dieser Grundsatz ist mit den Ergebnissen unserer Untersuchung durchaus conform. Wenn man ähnliche allgemeine Aussprüche über die condictio indebiti soluti vergleicht, wie Gaj. III. §. 91. l. 1. §. 1. de cond. indebiti (12,6), läßt sich aus der Fassung unserer Stelle eher auf eine bewußte Unterscheidung beider Klagen in Bezug auf die Bedeutung des Irrthums schließen. [2])

2) Daß die früher S. 122 erörterte anomale Liberationscondiction, welche in l. 2. §§. 3. 4. de donationibus (39,5) und l. 7. de doli exceptione (44,4) dem Delegaten gegen den Delegatar gegeben wird, nicht als eine condictio indebiti aufgefaßt werden kann, hat schon Witte (Bereicherungsklagen S. 79) ausgeführt. Sie ist gar nicht gegen eine stipulatio debiti sondern gegen eine reine Delegationsstipulation gerichtet, und beruht lediglich auf besonderen Billigkeitsrücksichten.

§. 48. Fortsetzung. Spätere Entwickelung.

Die Erweiterung des Gebietes der condictio indebiti promissi läßt sich mit Sicherheit erst in dem späteren Rechte des Codex nachweisen. Ich will die hierher gehörigen Stellen zunächst der Uebersicht halber und zwar in chronologischer Folge zusammenstellen:

Von Gordian (239): c. 15. de fidejussoribus (8,41). Si indebitam pecuniam quasi ex causa fidejussionis obstrictus in cautionem per errorem deduxisti, tam doli mali exceptione uti, quam *condicere, ut obligatio tibi accepto feratur, potes.*

Diocletianische Rescripte: c. un. de errore calculi (2,5). — Si per errorem calculi velut debitam quantitatem, quum esset indebita, promisisti, *condictio liberationis tibi competit.*

c. 3. de condictione indebiti (4,5). Quum et soluta indebita quantitas ab ignorante repeti possit, *multo facilius quantitatis indebitae interpositae scripturae condictio competit,* vel doli exceptio agenti opponitur.

c. 4. eod. Ea, quae per inficiationem in lite crescunt, ab ignorante etiam indebita soluta repeti non posse, certissimi juris est. Sed et si cautio indebitae pecuniae ex eadem causa interponatur, *condictioni locum non esse* constat.

Von Constantius (294): c. 6. de juris et facti ignorantia (1,18). Si non transactionis causa, sed indebitam errore facti olei materiam vos Archantico stipulanti spopondisse rector provinciae animadverterit, reddito quod debetis, residui *liberationem condicentes audiet.*

Nach diesen Zeugnissen kann es keinem Zweifel unterliegen, daß im Laufe des dritten Jahrhunderts unsere Klage sich zu einem ganz allgemeinen Rechtsmittel umgestaltet hat, welches jeder, auch freiwillig geleisteten promissio gegenüber zuständig war, wenn diese sich auf ein früheres Schuldverhältniß gründete. In demselben Sinne wird auch in einer Justinianischen Verordnung von ihr gesprochen:

c. 2. pr. de constituta pecunia (4,18) — condictiones, quae et pecunias indebitas, et promissiones corrumpi et restitui definiunt.

Die Veranlassung zu dieser Verallgemeinerung bot vielleicht nicht zum kleinsten Theile das Ueberhandnehmen der schriftlichen Stipulationsform. Die Urkunde, in welcher sich die promissio verkörperte, und welche dem

Gläubiger übereignet wurde, konnte als ein datum auf verschiedene Veranlassung hin Gegenstand einer condictio werden, z. B.

c. 9. ad exhibendum (3,42),

c. 25. de solutionibus (8,43),

c. 2. 4. de condictione ex lege (4,9).

Hieran knüpfte sich naturgemäß die gegen die promissio selbst gerichtete Liberationscondiction an. In einer der mitgetheilten Stellen (c. 3. de cond. indebiti) ist geradezu von der interpositae scripturae condictio die Rede; nur von dieser wird mit Recht gesagt: multo facilius competit; die Scriptur bildet gegenüber der Zahlung ein minus, und ist doch als ein wirkliches datum nothwendig der Condiction, nicht der bloßen Einrede unterworfen.

Es liegt auf der Hand, daß diese Verallgemeinerung der condictio indebiti promissi die Natur der Klage vollständig verändern mußte. Nach den früheren Voraussetzungen derselben fand der Condicent sich gar keinem materiellen Willensact gegenüber, den er zu entkräften gehabt hätte. Wer ex necessiate juris eine ihm bereits obliegende Verbindlichkeit in Stipulationsform noch einmal übernimmt, der giebt damit an sich noch kein Anerkenntniß derselben ab. Die Gültigkeit oder Ungültigkeit der alten Schuld wird im Bewußtsein der Contrahenten zunächst gar nicht in Betracht gezogen; es handelt sich nur um Sicherstellung einer künftigen Leistung, deren Inhalt in suspenso bleibt. Anders derjenige, der eine promissio debiti freiwillig leistet; die Veranlassung zu einem wiederholten Versprechen kann bei ihm nur in einem auf den Inhalt desselben gerichteten Willen liegen. Die Consequenzen dieses Willensactes treten jetzt in der Richtung der Anerkennung und Befestigung der bestehenden Schuld in den Vordergrund. Wenn die Anerkennung früher Ausnahme war, so wird sie jetzt Regel.

Mit dieser Veränderung der sachlichen Unterlage unserer Klage verlor sich auch der historische Zusammenhang, welchem sie ihren Ursprung verdankte. Sie war nun von der Verwandtschaft mit der condictio sine causa promissi des älteren Rechts ganz losgelöst. Ihre einzige Voraussetzung blieb eine als bestehend vorausgesetzte Schuld, und diese theilte sie vielmehr mit der condictio indebiti soluti. Die natürliche Folge war eine allmähliche vollständige Assimilation zwischen indebitum promissum und indebitum solutum. Der Parallelismus zwischen Beiden zeigt sich schon sehr deutlich in einigen der mitgetheilten Kaiserrescripte; namentlich ist derselbe in c. 4. de cond. indebiti (4,5) auch auf die Detailbestimmung erstreckt, daß diejenigen Forderungen, welche per inficiationem in duplum crescunt, keine condictio indebiti zulassen. In den wichtigsten Punkten, Beweislast und Entschuldbarkeit

des Irrthums, ist die Ausgleichung jedoch erst im Justinianischen Zeitalter vollendet worden.

Was zunächst die Frage der Beweislast anbetrifft, so hat diese schließlich zu einem directen Einschreiten der Gesetzgebung durch die folgende Verordnung des Kaisers Justinus Veranlassung gegeben:

> c. 13. de non numerata pecunia (4,30). Generaliter sancimus, ut si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, *non jam ei licentia sit causae probationem stipulatorem exigere, quum suis confessionibus acquiescere debeat*, nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta religionem judicis possit instruere, quod in alium quemquam modum, et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit. Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere.

Der Inhalt und die Ausdrucksweise dieses Gesetzes zeigt eine so augenscheinliche Uebereinstimmung mit der l. 25. §. 4. de probationibus (22,3) in der jetzt vorliegenden Gestalt dieser Stelle, daß eine Rücksichtnahme der einen Quelle auf die andere niemals bezweifelt worden ist. Um über die historische Entwickelung der Sache ins Klare zu kommen, ist es zuvörderst nothwendig, das Verhältniß beider zu einander festzustellen, und zu dem Ende die oben vorbehaltene Erörterung über die Echtheit der Digestenstelle nachzuholen.

Ueber die Latinität der l. 25. §. 4. de probationibus hat namentlich Gneist eingehende Untersuchungen angestellt; ich verzichte indessen darauf, seine Bemerkungen in dieser Beziehung zur Unterstützung meiner bereits vorweg angedeuteten Ansicht über die theilweise Echtheit der Stelle zu benutzen. Schlüsse aus der Diction einer Quellenstelle auf das Zeitalter ihrer Abfassung sind ihrer Natur nach trügerisch; die Hauptentscheidungsgründe sind der Sache zu entnehmen.

Die eine Ansicht, welche besonders Gneist vertreten hat, geht dahin, daß die l. 25. §. 4. de probationibus vollständig — vielleicht mit Ausnahme des im Schlußsatze gemachten Vorbehalts schriftlichen Gegenbeweises — dem Paulus zuzuschreiben, und die c. 13. de non numerata pecunia für ihr nachgebildet zu halten sei. Diese Auffassung verdient am wenigsten Billigung. Von vorn herein ist es höchst unglaublich, daß die Redactoren eines allgemeinen kaiserlichen Gesetzes, einer generalis sanctio, sich die Stelle eines alten Juristen zum Vorbilde genommen haben sollten. Ganz ausgeschlossen wird aber diese Möglichkeit dadurch, daß der Kaiser Justinus offenbar die Reform eines

bestehenden abweichenden Rechtszustandes beabsichtigte. Er hat als geltendes Recht vor Augen, daß des gegebenen Anerkenntnisses ungeachtet von dem Stipulator der Beweis der causa antecedens gefordert werden konnte. Dieses Recht will er aufheben non *jam* licentia sit etc. Ein solches Einschreiten der Gesetzgebung wäre undenkbar, wenn für denselben Grundsatz, den der Kaiser zur Geltung bringen will, bereits die mehrere Jahrhunderte alte Autorität eines classischen Juristen bestanden hätte.

Die Meisten unter den Schriftstellern, welche sich mit dem Gegenstande beschäftigt haben, neigen sich umgekehrt zu der Vorstellung, daß die l. 25. §. 4. de probationibus vollständig unecht und lediglich ein der c. 13. abgeborgter Zusatz der Compilatoren sei. Auch diese Meinung kann vor einer näheren Untersuchung nicht wohl bestehen. Es wäre an sich sehr denkbar, daß die Compilatoren eine ausführliche Stelle des Paulus über die Beweislast bei der condictio indebiti soluti für geeignet hielten, um anhangsweise die verwandte, damals durch ein verhältnißmäßig neues Gesetz regulirte Anfechtung einer cautio indebita zu berühren. Wenn sie aber dabei das Muster der c. 13. de non numerata pecunia vor Augen hatten, ist es schwer zu begreifen, daß die Nachbildung so ausfallen konnte, wie wir sie vor uns haben. Kaiser Justinus hatte entschieden, daß bei einer cautio ex causa antecedente der Stipulant von der Beweislast frei sein sollte. Wie konnte ein Excerpt aus dieser Entscheidung mit dem umgekehrten Satze beginnen:

> eum in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit

um ihm dann die eigentliche Regel des neuen Gesetzes nothdürftig in Form einer Ausnahme anzuflicken? Und vor Allem: wie konnten die Compilatoren dazu gelangen, indebitum solutum und indebitum promissum, so wie es im Eingange des §. 4. geschieht, in Gegensatz zu stellen, während die herrschende Lehre ihrer Zeit auf eine vollständige Gleichstellung beider hinauslief?

Diese Schwierigkeiten lösen sich vollständig durch die Annahme, daß die dem Inhalt des neuen Gesetzes widersprechenden Bestandtheile der l. 25. §. 4. der ursprünglichen Gestalt derselben angehören. Es ist von vorn herein nichts naturgemäßer, als für das Zeitalter des Paulus denjenigen Rechtszustand vorauszusetzen, welchen die c. 13. zu beseitigen bestimmt war. Demnach dürfen wir zunächst schließen, daß der Ausspruch des classischen Juristen mit dem compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, abgeschlossen war; alles Folgende dürfen wir für späteren Zusatz halten, zu welchem die Compilatoren genöthigt waren, um das Vorgefundene dem geltenden Rechte ihrer Zeit anzupassen. Dasselbe muß dann aber auch von dem parenthetischen Ein-

schiebsel: et indiscrete loquitur angenommen werden. Die Stelle hat also eine doppelte Correctur erlitten. Durch die erste wird der Satz des Paulus auf einen Fall bezogen, den er gar nicht im Sinne hatte (cautio indiscreta); durch die zweite wird zusätzlich für den Fall, den Paulus wirklich meinte, das Gegentheil ausgesagt. Die ziemlich ungeschickte Combination dieser beiden Abänderungen hat der Satzfügung des Ganzen die vollständig unlogische Gliederung gegeben, welche keinem Unbefangenen entgehen kann.

Diese rein aus dem Verhältniß beider Texte entnommenen Argumente sind in der That so einleuchtend, daß es vielleicht eher der Erklärung bedarf, wie sie bei der allgemeinen Aufmerksamkeit, welche in neuerer Zeit auf die Frage gerichtet gewesen ist, den bisherigen Bearbeitern derselben haben entgehen können. Der nahe liegenden Erkenntniß des Richtigen hat aber bisher ein Umstand entscheidend entgegen gestanden. Man hat eine Beweispflicht des stipulator, der die cautio seines Schuldners mit ausdrücklicher Bezugnahme auf das frühere Schuldverhältniß in Händen hatte, für sachlich und historisch unmöglich gehalten. Dieser Punkt ist durch die Ergebnisse unserer Untersuchung über das classische Recht genügend aufgeklärt worden. Außer dem hypothetisch restituirten älteren Text der l. 25. §. 4. de probationibus haben wir jetzt in dem sicheren Inhalt der c. 13. de non numerata pecunia ein zweites directes Zeugniß dafür gewonnen, daß eine solche Beweispflicht wirklich bestanden hat.

Wir haben uns den Entwickelungsgang in der dazwischen liegenden Periode nun ungefähr so zu denken.

Die Grundsätze über die Beweislast bei der condictio indebiti promissi, welche dem ursprünglich beschränkten Gebiete dieser Klage ihre Entstehung verdankten, sind auf die spätere allgemeinere Gestalt derselben übertragen worden. Der Condicent konnte sich auf das Läugnen eines seiner promissio zu Grunde liegenden Schuldgrundes beschränken. Der Gläubiger konnte ihm einmal erwidern: Du hast wissentlich eine Nichtschuld promittirt; dann mußte er die Wissenschaft des Schuldners beweisen. Wollte oder konnte er dies nicht, so mußte er den Beweis übernehmen, debitum esse, quod in cautionem deduxit. Vielleicht ist gerade die seit Valentinian mit gesetzlicher Kraft bekleidete Autorität des Paulus für diesen Satz maßgebend geblieben. Daß er zur Führung dieses Beweises das in der cautio enthaltene Bekenntniß des Schuldners mit benutzen konnte, kann nicht bezweifelt werden. Da aber der römische Proceß keine nach Art der unsrigen bindende Beweisregeln kannte, so blieb der Erfolg immer von der dem Richter in jedem einzelnen Falle zu gewährenden thatsächlichen Ueberzeugung abhängig. Diesen Erfolg durch möglichste Ausführlichkeit und Ausdrücklichkeit des Bekennt-

nisses zu sichern, dürfen wir als das regelmäßige Bestreben der Contrahenten vermuthen, in welchem dieselben jedenfalls durch die überall materialisirende Tendenz der späteren Cautelarjurisprudenz unterstützt wurden. Cautiones indiscretae, Cautionen ohne confessio, müssen wir uns in jener Zeit offenbar als eine große Seltenheit denken. Daß dieser Ausnahmsfall in l. 25. §. 4. de probationibus überhaupt Erwähnung gefunden hat, ist nur der eigenthümlichen Entstehungsart dieser Stelle zuzuschreiben. Je mehr aber die Führung des Schuldbeweises zur Regel wurde, desto mehr mußte die Beweispflicht mit dem Rechtsbewußtsein der Zeit in Widerspruch treten. Es war also sehr erklärlich, wenn schließlich die Gesetzgebung unter Beseitigung der entgegenstehenden älteren Autorität diese Beweispflicht aufhob. Damit ist aus dem Beweismittel ein neues obligatorisches Fundament geworden. Es konnte nun nicht mehr durch bloßen Gegenbeweis, sondern nur durch Irrthumsbeweis nach Art der indebiti solutio entkräftet werden. Der Irrthum ist aus einem bloßen Ausschließungsgrund einer Einrede die positive Bedingung der Klage geworden.

Im Zusammenhange mit dieser Entwickelung hat sich nun auch der zweite Satz festgestellt, daß der Irrthum ebenso wie bei der condictio indebiti soluti ein entschuldbarer sein mußte. Dies ist nicht durch ein directes Einschreiten der Gesetzgebung, sondern durch eine allmähliche Umwandlung des Rechtsbewußtseins geschehen. Wir haben für das schließliche Resultat zwei Zeugnisse, in welchen error oder ignorantia *facti* ausdrücklich als Voraussetzung unserer Klage anerkannt wird. Das eine derselben ist c. 6. de juris et facti ignorantia (1,18), das späteste unter den S. 298 zusammengestellten Kaiserrescripten, wonach wir den neueren Grundsatz in diesem Punkte schon zur Zeit des Constantius für herrschend anzunehmen haben. Das zweite ist l. 20. de SC. Macedoniano (14,6), eine von Pomponius herrührende Digestenstelle. Die letztere würde nun, wenn wir sie für echt zu halten hätten, im Widerspruche mit den bisherigen historischen Ergebnissen unserer Untersuchung stehen. Umgekehrt würde sie dieselben in doppelter Richtung bestätigen, wenn sie als interpolirt nachgewiesen werden könnte; sie würde dann außer der Ueberlieferung des älteren Rechts auch noch ein Zeugniß für die bewußte Absicht der Compilatoren abgeben, die Entschuldbarkeit des Irrthums als ein dem neueren Rechte entsprungenes Requisit überall zur Geltung zu bringen. Nun läßt sich aber der Beweis der Interpolation, wie ich glaube, bis zu völlig befriedigender Evidenz führen. Die Stelle lautet:

> Si is, cui dum in potestate, patris esset, mutua pecunia data fuerat, paterfamilias factus, *per ignorantiam facti novatione facta*, eam pecuniam expromiserit, si petatur ex ea stipulatione, in factum excipiendum erit.

Zunächst ist hier allerdings von keiner Condiction, sondern nur von einer Exception die Rede. Ein filiusfamilias hat ein Darlehn contrahirt, welches novirt worden ist, nachdem er aus der väterlichen Gewalt geschieden war. Nun soll er gegen die Klage aus der Novationsstipulation nicht mehr die exceptio SC. Macedoniani, sondern eine exceptio in factum gebrauchen. Soweit ist Alles dem älteren Rechte conform, ich habe deshalb die Stelle bereits in einem früheren Zusammenhange erwähnt (S. 283). Nach den Beispielen der l. 25. de act. emti (19,1) und l. 14. de exceptionibus (44,1) würde die exceptio in factum etwa so gelautet haben:

si ea pecunia qua de agitur non pro ea expromissa est. quae contra SC. Macedonianum mutua data est.

Nun soll aber diese Exception nur dann statthaft sein, wenn der Schuldner sich bei der Novation in einem thatsächlichen Irrthum befunden hat. Damit ist unser Fall offenbar der Theorie der condictio indebiti untergeordnet. Es fragt sich: Kann diese Voraussetzung eines thatsächlichen Irrthums dem ursprünglichen Inhalt der Stelle angehören?

Bei näherer Betrachtung ergiebt es sich zunächst als kaum möglich, einen derselben entsprechenden Fall überhaupt zu construiren. Worauf kann sich der Irrthum des Schuldners bezogen haben? Natürlich nicht auf die Existenz der Darlehnsschuld, denn diese ist an sich wirklich zu Stande gekommen. Also nur auf die Bedingungen der exceptio SC. Macedoniani, nämlich: Väterliche Gewalt und Kenntniß des Gläubigers von derselben (l. 19. de SC. Macedoniano 14,6). Man müßte also entweder annehmen: Der Schuldner hat sich selbst entschuldbarer Weise für sui juris gehalten, während der Gläubiger wußte oder wissen mußte, daß er ein filiusfamilias war. Oder: Der Schuldner setzte fälschlich voraus, daß dem Darlehnsgeber sein Abhängigkeitsverhältniß unbekannt gewesen war. Will man dem Pomponius zutrauen, daß er diese Fälle einer besonderen Entscheidung werth befunden hätte?

Wichtiger aber ist noch ein anderer Punkt. Bei aller scheinbaren Uebereinstimmung mit der Lehre von der condictio indebiti befindet sich unsere Stelle mit derselben auch jetzt noch im Widerspruch. Bekanntlich ist die Condiction ausgeschlossen, wenn die bezahlte Schuld auch nur naturaliter gültig war. Wenn die Grundsätze des datum auf das promissum übertragen werden sollten, wie konnte der Jurist eine Anfechtung im vorliegenden Fall überhaupt gestatten, da doch der naturale Bestandtheil der novirten Schuld durch die exceptio SC. Macedoniani nicht zerstört war?[1])

1) Meines Wissens der Einzige der diese in der Stelle liegende Schwierigkeit gefühlt hat, ohne jedoch eine Lösung zu versuchen, ist Witte Bereicherungsklagen S. 186, Note 2.

Zu dieſen aus dem Inhalte der Stelle hergenommenen Gründen gegen die Echtheit derſelben kommt noch ein dritter, ſprachlicher, auf den ich bereits früher (S. 247) hingedeutet habe. Unter Novation haben wir hier keinenfalls eine Novationsſtipulation alten Styles zu verſtehen. Dieſe würde bei certa pecunia nur in einer relativen Formel: quidquid dare facere oportet dare spondes? denkbar ſein; eine ſolche aber würde keiner Anfechtung durch exceptio bedurft haben, ſondern ipso jure wirkungslos geweſen ſein. (Vergl. S. 278.) Müſſen wir aber eine materielle Stipulation ſpäterer Art annehmen, ſo iſt es nach dem, was ich früher über den Sprachgebrauch von novatio feſtgeſtellt habe, höchſt unwahrſcheinlich, dieſen Ausdruck ſchon von Pomponius auf das Geſchäft angewendet zu finden. Auch hierdurch wird es wahrſcheinlich, daß der ganze parenthetiſche Satz per ignorantiam facti novatione facta unechter Zuſatz iſt.

Legen wir dieſes Reſultat zu Grunde, ſo iſt in der Stelle urſprünglich des Irrthums als eines Erforderniſſes der Anfechtbarkeit der Stipulation überhaupt nicht gedacht geweſen. Pomponius hatte dazu auch gar keine Veranlaſſung, da es ihm nur um die proceſſualiſche Geſtalt der Anfechtung zu thun war. Seine exceptio in factum konnte gewiß durch eine doli oder pacti conventi replicatio elidirt werden, wenn der Schuldner sciens, se exceptione tutum esse, promittirt hatte. Dies war aber nicht Gegenſtand ſeiner Unterſuchung.[2]) Die Natur des Falles brachte es mit ſich, daß eine ſolche Replik nicht wohl anders als durch einen Rechtsirrthum über die Bedeutung des SC. Macedonianum ausgeſchloſſen werden konnte, und dies war es gerade, was den Compilatoren anſtößig ſein mußte. Dem gegenüber glaubten ſie genug zu thun, wenn ſie die Bedingung der ignorantia facti ausdrücklich in die Stelle hineintrugen, ohne ſich weiter darum zu kümmern, daß ihre Correctur einerſeits das Recht der condictio indebiti (Fehlen auch einer natürlichen Verbindlichkeit) nur unvollſtändig herſtellte, andererſeits der Stelle ganz künſtliche Vorausſetzungen aufnöthigte.

Wenn wir einmal einen durchgreifenden Gegenſatz zwiſchen altem und neuem Recht in dieſer Materie anerkennen müſſen, dürfen uns überhaupt Veränderungen einzelner Digeſtenſtellen im Sinne der ſpäteren

2) Dagegen ergiebt es ſich ausdrücklich aus
c. 2. eod. Zenodorus si, quum juris esse publice videretur, aut patris voluntate contraxit, aut in eam rem pecuniam accepit, quae patris oneribus incumberet, vel *suae potestatis constitutus, novatione facta, fidem suam obligavit, vel alias agnovit debitum*, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est.
In dieſer Stelle iſt umgekehrt gar nicht von der proceſſualiſchen Seite der Sache, ſondern nur von dem praktiſchen Erfolge die Rede, wie aus der Zuſammenſtellung der verſchiedenen ganz ungleichartigen Fälle zur Genüge hervorgeht.

Entwickelung nicht überraſchen. Außer l. 25. §. 4. de probationibus und l. 20. ad SC. Macedonianum läßt ſich noch eine dritte wenigſtens als wahrſcheinlich von einer ſolchen Veränderung betroffen nachweiſen, nämlich:

> l. 20. §. 1. de donationibus (39,5) (Marcellus) De illo dubitari potest, qui, quod per Falcidiam retinere poterat, voluntatem testatoris secutus spopondit se daturum. Sed magis est, ut *non possit suae confessioni obviare; quemadmodum enim, si solvisset, fidem testatori suo adimplesse videbatur, et nulla ei repetitio concessa fuerat, ita et stipulatione praecedente contra fidem testatoris, quam agnovit, venienti ei merito occurretur.*

Ich ſehe auch hier von der verdächtigen Latinität obviare, occurretur u. ſ. w. ab. Sachlich iſt es die einzige Pandektenſtelle, in welcher eine Gleichſtellung von indebitum solutum und promissum direct ausgeſprochen iſt; ferner nebſt l. 25. de probationibus die einzige, in welcher von der bindenden Kraft der *confessio* die Rede iſt. Ihre Verwandtſchaft mit dem Schlußſatz der l. 25. iſt ſo in die Augen fallend, daß es wohl gerechtfertigt iſt, beide auf denſelben Verfaſſer zurückzuführen. Es iſt ſehr möglich, daß die Entſcheidung des Marcellus, dem die Sache jedenfalls zweifelhaft war, conform mit dem Principium der Stelle, umgekehrt gelautet hat, wie die der Compilatoren, welche ſich dann auch hier zu einer Interpolation im Sinne des neueren Rechts berufen finden mußten.

§. 49. Bedeutung der confessio. Das constitutum.

Wenn wir auf die bisherige Unterſuchung der stipulatio debiti nach ihrer obligatoriſchen Bedeutung einen Rückblick werfen, ſo können wir die folgenden Reſultate daraus entnehmen.

Die Anfechtbarkeit der Stipulation an ſich (§. 45.) iſt abhängig von ihrem Inhalte. Sie konnte einem Forderungsrecht die Natur eines abſtracten, von ſeiner causa losgelöſten Vermögensobjects verſchaffen; dann erzeugte ſie für daſſelbe ein ſelbſtſtändiges obligatoriſches Fundament, welches allerdings nicht abſolut unanfechtbar war, den Schuldner aber jedenfalls vor Allem zum Beweiſe des Cauſalvertrages nöthigte, auf welchen er die Anfechtung ſtützen wollte. Sie konnte umgekehrt auch den Entſtehungsgrund der Forderung mit in ſich aufnehmen; dann beſchränkte ſich ihre Wirkung auf eine neue Form, in welche das frühere Schuldverhältniß eingekleidet wurde. Die neue Obligation war ihrem Inhalte nach mit der früheren identiſch und denſelben Anfechtungsmitteln wie jene ausgeſetzt, — wenigſtens materiell; die proceſſualiſch verſchiedene

Geſtalt, welche dieſelbe unter Umſtänden annehmen mußte, iſt nur von hiſtoriſcher Bedeutung.

Die erſte Klaſſe von Stipulationen gehört dem älteren Recht ausſchließlich an. Die zweite iſt diejenige, in welcher ſie ſich im neueren römiſchen Rechte allein erhalten haben. Der Beweis dieſer hiſtoriſchen Thatſache in ihrer Allgemeinheit iſt in der bisherigen Darſtellung nur vorbereitet worden, er wird gleich nachher vervollſtändigt werden. Schon jetzt kann derſelbe in ſo weit geführt werden, als wir uns auf den beſonderen Fall der Novationsſtipulationen beſchränken.

Identität des Stipulationsobjectes mit dem Object der novirten Schuld war, wie wir geſehen haben (§. 28.), von Hauſe aus Bedingung der Novation auch in ihrer tilgenden Function. Im älteren Recht war dieſe Identität eine formelle, äußerliche; im neueren eine materielle, innerliche, welche eben darum auch den obligatoriſchen Inhalt der Stipulation beherrſchte. Darum war im älteren Recht eine abſtracte, formell obligatoriſche Wirkſamkeit der Novationsſtipulation möglich, im neueren nicht. Auch im älteren Recht aber war dieſer Erfolg keineswegs ein nothwendiger. Die wichtigſte, auch in der ſpäteren Zeit am meiſten nachwirkende Form der älteren Novationsſtipulationen, die formula incerta: quidquid dare facere oportet, machte den obligatoriſchen Erfolg ebenfalls von dem Beſtande der novirten Schuld völlig abhängig. Als Beiſpiel des Gegentheils bleibt nur die zweite jener älteren Formen übrig, die Stipulation rem aliquam dari, welche in eigenthümlicher Weiſe ein ſelbſtſtändiges obligatoriſches Fundament mit einer Conſumtion vorangehender Obligationen vereinigte. Wenn wir von dieſer Beſonderheit abſehen, können wir ſchon für das claſſiſche Recht als Regel ausſprechen: gegen die Novationsſtipulation waren an ſich dieſelben Einreden zuläſſig, wie gegen die frühere Schuld. In dieſem Sinne iſt offenbar auch die auf der Grenze des claſſiſchen Zeitalters ſtehende Definition Ulpians zu deuten:

> l. 1. pr. h. t. Novatio est prioris debiti in aliam obligationem *transfusio atque translatio.*

Der Inhalt der früheren Schuld geht mit allen ſeinen Eigenthümlichkeiten, Bedingungen, Beſchränkungen in die neue Obligation über.

Soweit in dieſem Erfolge eine Modification eintrat, geſchah es durch eine beſondere Willensrichtung der Partheien. Das ältere Recht (§§. 46. 47.) kannte eine ſolche Modification nur in der Geſtalt eines ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Verzichts[1]) auf die Anfechtung der Obliga-

1) Ein ſolcher Verzicht braucht nicht nothwendig eine reine Liberalität zu enthalten, er kann durch ein Aequivalent ausgeglichen werden. Ein beſonderer Fall dieſer Art iſt der des Vergleichs. Daher ſchließt der Vergleich ſchon nach älterem Recht die condictio indebiti aus.

tion. Dieſer gewährte dem Gläubiger gegen die Einrede des Schuldners ein beſonderes Replikfundament (replicatio doli oder pacti conventi), welches er zu begründen und zu beweiſen hatte. Das neuere Recht (§. 48.) hat dafür eine zweite Geſtalt geſchaffen in der confessio oder agnitio debiti, der Anerkennung einer beſtehenden Schuld. Die Natur dieſes neuen Elements haben wir uns jetzt noch etwas genauer zu vergegenwärtigen.

Zunächſt iſt daran feſtzuhalten: Die confessio liegt nicht in der Stipulation ſelbſt, in dem Formalact, ſondern ſie iſt ein denſelben begleitender materieller Willensact. Andererſeits kommt ſie im römiſchen Recht nur vermittelſt der Stipulation zur rechtlichen Wirkſamkeit. Die confessio an ſich erzeugt kein neues obligatoriſches Fundament, keine Klage. Obligatoriſch wirkſam, klagbar iſt immer nur die Stipulation; aber die Klage aus der Stipulation hat einen anderen Erfolg, je nachdem ſie mit einer confessio verbunden iſt oder nicht. Dieſe Stellung derſelben kann leicht zu der Vorſtellung verleiten, als ob die Wirkſamkeit der confessio nur eine proceſſualiſche ſei. Man iſt geneigt, ſie für ein bloßes Beweismittel zu halten, welches dem Gläubiger den Erfolg ſeiner replicatio doli oder pacti conventi von vorn herein ſicherte. Ein ſolches war ſie in der That bis zum Erlaß der c. 13. de non numerata pecunia; der wichtige Erfolg dieſes Geſetzes iſt aber gerade ihre Umwandlung in dieſer Beziehung. Der hier einſchlagende Inhalt der kaiſerlichen Verordnung verdient eine nochmalige Betrachtung, um ſo mehr, als die Ausdrucksweiſe derſelben die Gedanken nicht gerade in präciſer logiſcher Form wiedergiebt. Namentlich könnte der Schlußſatz

> Nimis enim indignum judicamus, quod sua quisque voce dilucide *protestatus est*, id in eundem casum infirmare, *testimonioque* proprio resistere,

als eine directe Beſtätigung der Beweismittelqualität der confessio angerufen werden. Wir dürfen aber nicht vergeſſen, daß der Kaiſer in dieſen Worten den von ihm reprobirten älteren Rechtszuſtand vor Augen hat. Der dispoſitive Theil des Geſetzes lautet dagegen:

> non jam promissori licentia sit *causae probationem* stipulatorem *exigere*, quum *suis confessionibus acquiescere* debeat,

conform damit der interpolirte Theil der l. 25. de probationibus:

> *stare* eum oportet *suae confessioni*,

ähnlich l. 20. §. 1. de donationibus:

> non potest *suae confessioni obviare*.

Es handelt ſich alſo um eine Beſtimmung nicht der Beweis*mittel*, ſondern der Beweis*laſt*. Die confessio befreit den Stipulator von der Beweispflicht des älteren Rechts. Sie giebt ihm dadurch in Verbindung mit der Stipulation materiell ein neues Obligationsfundament, bei welchem

der Promissor sich beruhigen, stehen bleiben muß, welches er nicht umstoßen kann. Der Promissor ist nun mit seiner Vertheidigung auf eine Einrede ganz neuer Gestalt beschränkt, die er seinerseits zu beweisen und zu begründen hat. Diese Einrede wird in der c. 13. de non numerata pecunia so charakterisirt:

> nisi certe ipse e contrario — religionem judicis possit instruere, quod in alium quemquam modum, et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit.[2])

und in der l. 25. §. 4. de probationibus:

> nisi evidentissimis probationibus — ostendere paratus sit, sese haec *indebite promisisse.*

Dies ist also die exceptio indebiti promissi, von welcher wir gesehen haben, daß sie den Gesetzen der condictio indebiti soluti folgt, mithin außer dem Beweise der Nichtschuld den eines Irrthums, und zwar eines entschuldbaren, also thatsächlichen Irrthums voraussetzt. Auch diese Eigenschaft unterscheidet sie von dem bloßen Gegenbeweise.

Hiernach haben wir also die confessio gleichwohl als einen eigenthümlichen obligatorischen Vertrag aufzufassen, der sich in der Form der Stipulation verkörpert, innerhalb dieser Form aber eine selbstständige Bedeutung gewinnt. Die Stipulation mit confessio hat sich zu einer besonderen Gattung innerhalb der Klasse der materiellen Stipulationen ausgebildet, an deren Inhalt sich besondere rechtliche Folgen anknüpfen. Das Verhältniß zwischen Form und Inhalt ist dasselbe, wie bei den materiellen Stipulationen überhaupt. Jene bestimmt die processualische Verfolgbarkeit in ihrer äußeren Gestalt; dieser die rechtliche Wirksamkeit der Obligation selbst mit Einschluß der Beweislast. Ich habe für diesen in der Form zu einer besonderen Vertragswirkung gelangenden Inhalt der Stipulation bisher den quellenmäßigen Ausdruck confessio beibehalten. Dieser ist aber gerade darin zweideutig, daß das obligatorische Element im Gegensatze zu dem bloßen Geständniß als Beweismittel nicht zur Erscheinung kommt. Ich werde es demgemäß vorziehen, dafür nun die Bezeichnung Agnition zu gebrauchen, welche

2) Schlesinger (Formalcontracte S. 262 folg.) und besonders Witte (Bereicherungsklagen S. 201 folg.) glauben dieser Stelle eine andere Deutung geben zu müssen; sie beziehen dieselbe vielmehr auf dem Nachweis eines andern als des in der cautio verschriebenen Causalvertrages, also auf eine Einrede der Simulation. Die Zulässigkeit dieser Einrede ist an sich selbstverständlich, und die dem Gesetze gegebene Auslegung nach seinem Wortsinne möglich. Jedenfalls ist dieselbe aber wohl nicht mit Nothwendigkeit geboten; mit Rücksicht auf den historischen Gegensatz der c. 13. cit. und den Parallelismus der l. 25. §. 4. de probationibus erscheint es doch viel natürlicher, bei der gewöhnlichen Auffassung, der ich im Texte gefolgt bin, stehen zu bleiben. — Uebrigens übergehe ich die in beiden Stellen enthaltene Beschränkung des Promissor auf schriftliche Beweismittel, welche mit dem Gegenstande unsrer Untersuchung nicht in directem Zusammenhange steht.

den Quellen ebenfalls nicht fremd ist und der correcten Vorstellung eines Anerkennungsvertrages näher steht.

Worin besteht nun der eigenthümliche Inhalt, welches sind die Voraussetzungen der Agnition? Das Kaisergesetz sagt:

> si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunque pecunia *ex antecedente causa* descendentibus, *eamque causam specialiter promissor edixerit.*

Die correspondirende Pandektenstelle:

> si ipse *specialiter*, qui cautionem exposuit, *causas explanavit*, *pro quibus eandem conscripsit.*

Zunächst also: ein vorausgehendes Schuldverhältniß, eine causa antecedent,[3]) auf welche die confessio Bezug nimmt, auf welche sie sich gründet. Dieses Erforderniß ist in der zweiten Stelle nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergiebt sich aber aus dem ganzen Zusammenhange derselben als selbstverständlich. Sodann: eine specialis causae edictio oder explanatio, d. h. eine Reproduction des früheren Schuldgrundes in seinen wesentlichen Bestandtheilen. Hiermit ist das relative Element in der Willensrichtung der Partheien nicht nur äußerlich näher bestimmt und auf eine individuell erkennbare Grundlage zurückgeführt, sondern es ist auch innerlich charakterisirt als eine Erneuerung des rechtlichen Fundaments der Obligation in seiner ursprünglichen Eigenthümlichkeit. Die mögliche Anfechtbarkeit dieses Fundaments wird bei dieser Erneuerung nicht in Betracht gezogen; es wird darüber nicht direct disponirt wie im Falle des Verzichts oder Vergleichs. Aber sie gilt in dem gemeinschaftlichen Bewußtsein der Partheien für thatsächlich erledigt, gerade so wie im Falle der Zahlung der älteren Schuld; die Anfechtbarkeit kann wieder aufleben, aber nur in Folge einer Mangelhaftigkeit des Bewußtseins, einer ignorantia oder eines error. Der Gläubiger braucht zur Begründung seines Anspruchs nicht über das erneuerte Fundament zurückzugehen. Will es der Schuldner, so muß er zunächst die Wirkung des neuen Consenses durch Nachweis des Irrthums beseitigen.

Die beiden Hauptstellen, welche der bisherigen Untersuchung zu Grunde gelegen haben, sprechen nur von einer schriftlichen Agnition. Man darf sich dadurch nicht verleiten lassen, die Schrift für einen nothwendigen Bestandtheil des Geschäfts zu halten. Das Wesen der Agnition liegt in dem Inhalte des Vertrages, nicht in der begleitenden Form. Die Form war die der Stipulation und diese war allerdings im neueren Recht regelmäßig schriftlich; deshalb darf es nicht überraschen, wenn die Quellen der Justinianischen Zeit nur dieses Falles gedenken.

Schon aus der bisherigen Darstellung geht hervor, daß die Stipulationsform in dem Ganzen des Geschäfts eine sehr untergeordnete Rolle

3) Vergl. auch l. 1. pr. h. t.

ſpielte. Sie war aber in der That auch nicht einmal mehr die einzige Form, in welcher ſich eine confessio verkörpern konnte. Eine ſolche konnte ebenſogut auch zu Stande kommen in der Form des constitutum.

Das constitutum debiti proprii hat bis auf Bähr ziemlich allgemein für einen Vertrag gegolten, der mit dem modernen Anerkenntniß einer beſtehenden Schuld geradezu identiſch ſei. Die Praxis behandelt noch heutzutage das constitutum als dasjenige römiſche Inſtitut, in welchem ſie das Vorbild unſeres Anerkenntniſſes zu ſuchen, nach deſſen Grundſätzen ſie es zu beurtheilen habe. Dieſe Auffaſſung iſt indeſſen hiſtoriſch nicht correct. Das constitutum verhält ſich zu der Agnition an ſich gerade ſo, wie die Stipulation; es bildet nur die Form des Geſchäfts, auf welche ſich deſſen Klagbarkeit gründet. Die materiellen Rechtsfolgen des Vertrages, und namentlich auch die Beweislaſt, ſind dagegen von ſeinem Inhalte abhängig. Das constitutum an und für ſich enthielt ebenſowenig ein obligatoriſches Fundament, welches von dem Beſtande der conſtituirten Schuld unabhängig geweſen wäre, wie die stipulatio debiti.

Die urſprüngliche Bedeutung dieſes Inſtituts würde uns allerdings ziemlich räthſelhaft geblieben ſein, wenn wir nicht durch Gajus einigen Aufſchluß über die proceſſualiſche Eigenthümlichkeit deſſelben erhalten hätten. Wir wiſſen jetzt durch ihn, daß die actio de pecunia constituta ſich an die privilegirten Proceßformen des älteren Rechts anſchloß. Die Römer hatten auf dem Gebiete des Obligationenrechts keine proviſoriſchen Rechtsmittel, wie es in gewiſſer Art die Interdicte auf dem Gebiete des Sachenrechts waren. Das Princip des modernen Executivproceſſes, wonach über die Vollſtreckbarkeit einer Forderung erkannt werden kann, ohne der Frage nach ihrem rechtlichen Beſtande zu präjudiciren, — wohl vergleichbar einem Poſſeſſorium, durch welches für das künftige separatum die Rolle des Klägers und Beklagten beſtimmt wird — dieſes Princip war ihnen unbekannt. Wo das praktiſche Bedürfniß weitſchichtige Erörterungen einer Forderung nicht duldete, wußten ſie das Ziel einer Proceßverkürzung nur auf Koſten der Rechtsſicherheit zu erreichen. Die Sache wurde definitiv entſchieden, aber gleichwohl die Partheien genöthigt, ſich zweifelhafter Angriffs- und Vertheidigungsmittel zu enthalten. Dies geſchah allerdings nicht direct, aber indirect durch Succumbenzſtrafen von einer ſo eingreifenden Bedeutung, daß wir uns deren Erfolg kaum vergegenwärtigen können. Im alten Legisactionenproceß wurde dieſes Auskunftsmittel im ausgedehnten Maße angewendet. Die legis actio sacramento trug ihren Namen von der Buße von 50 oder 500 As, welche der Unterliegende dem Prätor zu zahlen hatte (Gaj. IV. §§. 13. 14.). Wahrſcheinlich der legis actio per manus injectionem entſtammte der Grundſatz: lis infitiando crescit in duplum, der ins-

besondere auch für die actio judicati, also unsere Executionsinstanz, gültig blieb. Der legis actio per condictionem in ihrer ältesten auf certa pecunia beschränkten Gestalt gehörte die sponsio tertiae partis an, welche im Formularproceß auf die actio certae creditae pecuniae übertragen wurde.[4]) Der letzteren sponsio, also einer zweiseitigen, dem Sieger zufallenden Succumbenzstrafe, schloß sich die prätorische actio de pecunia constituta am unmittelbarsten an. Diese Klage war eine offenbare Nachbildung des alten Creditumprocesses, und der Prätor überbot das jus civile noch insofern, als er eine sponsio dimidiae partis forderte (Gaj. IV. §. 171.). Bedingung seiner Klage war nun aber andererseits: si appareat, eam pecuniam, quum constituebatur, debitam fuisse (l. 16. §. 2. l. 18. §. 1. de pecunia constituta 13,5). Der Kläger mußte also den Beweis übernehmen, daß der Forderung ein gültiges Schuldverhältniß zu Grunde lag. Er konnte dies um so eher, weil er nicht zu besorgen hatte, daß es ihm von dem Gegner unter dem Drucke der sponsio leichtsinnig bestritten werden würde. Diese verhältnißmäßige Sicherheit war der einzige processualische Gewinn, welchen er aus dem zweiten Vertrage davon trug.

Hiernach war das constitutum ursprünglich eine vertragsmäßige Unterwerfung des Schuldners unter eine privilegirte Proceßform, verbunden mit einer Reduction des Schuldobjects auf certa pecunia, daher namentlich für abrechnungsähnliche Rechtsgeschäfte brauchbar.

l. 47. §. 1. de pactis (2,14).

l. 24. 26. de constituta pecunia (13,5).

Die Abhängigkeit, in welcher der Vertrag von dem ursprünglichen Schuldverhältnisse verblieb, hat sich vollständig erhalten bei dem constitutum debiti alieni, weshalb sich dieses im späteren Rechte der fidejussio genähert hat. Dagegen hat das constitutum debiti proprii offenbar dieselben Phasen der Entwickelung durchlaufen, wie die stipulatio debiti. Von dieser unterschied es sich allerdings insofern, als es niemals durch eine condictio angefochten werden konnte. Die Frage nach der Beweislast und dem Irrthum kam hier immer nur für die Vertheidigung des Constituenten in Betracht. Dennoch war ein Einfluß der veränderten Grundsätze des verwandten Instituts auch hier unausbleiblich. Das Constitutum konnte von Hause aus zu einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht auf Einreden des Schuldners dieselbe Stellung einnehmen, wie die Stipulation. Wenn die frühere Schuld per exceptionem anfechtbar war, blieb das Constitut allerdings unverbindlich

l. 3. §. 1. de constituta pecunia (13,5).

4) Vergl. Zimmern Rechtsgeschichte Bd. III. S. 138, Note 7. Savigny System Bd. V. S. 611. Keller Civilproceß §. 58.

Wenn aber die exceptio durch eine replicatio doli oder pacti conventi elidirt werden konnte, so war debita pecunia vorhanden. Was für den Fall der Anfechtbarkeit per exceptionem gilt, müssen wir offenbar auch für ein ipso jure ungültiges debitum annehmen. Qui sciens indebitum constituit tenetur, ebenso wie qui sciens indebitum promisit. Auch in diesem Falle trug der Gläubiger ursprünglich die Beweislast; er hatte entweder die Schuld oder die Wissenschaft des Schuldners von ihrer Unwirksamkeit darzuthun. Den einen oder den andern Beweis sich zu sichern, wozu der Gläubiger wegen der auch ihn treffenden Gefahr des sponsio doppelte Veranlassung hatte, diente ihm, wie bei der Stipulation, die causae specialis explanatio, die confessio des Schuldners. Diese hat sich schließlich aus einem Beweismittel zu einem materiellen Vertragselement umgebildet, welches in der einen, wie in der andern Form sich zu einem neuen obligatorischen Fundament verkörpern konnte, so daß nun der Schuldner den Einredebeweis sowohl der Nichtschuld, als des Irrthums zu übernehmen hatte.

Da die Anknüpfung an ein bestehendes Schuldverhältniß für das constitutum die einzige Function war, so ist es nicht zu verwundern, daß die Verschmelzung zwischen Form und Inhalt hier noch vollständiger vor sich gegangen ist. Die ursprüngliche processualische Bedeutung des Constitutum war im Justinianischen Recht längst verschwunden; und die Form, welche eine Klage de pecunia constituta erzeugte, war so lose, daß sie dem Inhalte des Vertrages gegenüber auch in der Vorstellung keine Selbstständigkeit behaupten konnte. War eine promissio debiti ohne Bekenntniß, eine cautio indiscreta, eine thatsächliche Ausnahme geworden, so mußte ein constitutum indiscretum vielmehr undenkbar erscheinen. Daher finden wir denn im Justinianischen Recht das Institut allerdings von dem Gesichtspunkte eines Anerkenntnisses beherrscht. Theophilus (inst. IV., 6. de actionibus) sagt ausdrücklich:

> ἑωρακὼς τὴν σὴν ἀγνωμοσύνην ὁ πραίτωρ ὡς ὑπεναντίαν, ὅτι μάχῃ ταῖς αὐτοῦ ὑποσχέσεσιν, ὥρισε τὴν pecuniae constitutae.

Nur in diesem Zusammenhange wird es auch verständlich, wie Justinian in c. 2. de pecunia constituta (4,18) das constitutum mit dem receptum argentarii zusammenwerfen konnte, welches als ein formell obligatorischer Contract eine von dem Bestande der älteren Schuld unabhängige Verbindlichkeit erzeugte:

> secundum antiquam receptitiam actionem res exigebatur, etiamsi quid non fuerat debitum. c. 2. pr. cit.

Bekanntlich hat Justinian in derselben Verordnung, nachdem bereits die classischen Juristen mit der Erweiterung der *pecunia* constituta auf res quae pondere, numero, mensura continentur vorangegangen

waren, das Constitut auch seinem Umfange nach vollständig verallgemeinert:

> sit pecuniae constitutae actio omnes casus complectens, qui et per stipulationem possunt explicari.

Demnach kann bereits für das Justinianische Recht gesagt werden, daß die Klagbarkeit des Anerkennungsvertrages von der Stipulationsform überall unabhängig gemacht war.

§. 50. Die exceptio non numeratae pecuniae. Untergang der formellobligatorischen Wirkung der Stipulation.

Ich habe schon bei der Besprechung der tilgenden Wirkung materieller Stipulationen die exceptionelle Stellung hervorgehoben, welche der Darlehnsstipulation zukam. Wir haben dort gesehen (S. 238), daß das Darlehn gegenüber der Stipulation nicht zu derselben Selbstständigkeit gelangen konnte, wie die übrigen materiellen Contracte, und haben den Grund dieser Erscheinung darin gefunden, daß die Darlehnsklage processualisch identisch war mit der Klage aus der Stipulation. Derselbe Grund führte zu einer noch bedeutsameren Consequenz in Bezug auf den obligatorischen Erfolg der Darlehnsstipulation. Während die übrigen materiellen Stipulationen sich auch in dieser Richtung den einzelnen materiellen Contracten vollständig assimilirten, so daß die Form des Vertrages gegen seinen Inhalt zurücktrat, hat bei der Darlehnsstipulation das Umgekehrte Statt gefunden. Hier ist die Stipulation als Formalact das eigentliche obligatorische Fundament geblieben; auch nach der Auffassung von Ulpian und Modestin, welche eine Obligation re *et* verbis, simul utroque statuirten, blieb gleichwohl die res das untergeordnete Element, welches nur als substantia obligationis für den Stipulationsact in Betracht kam. Dadurch wird es erklärlich, daß die Darlehnsstipulation an dem bisher dargestellten Entwickelungsgange nicht Theil genommen hat, sondern durch ihre eigenthümliche Stellung in derselben Periode ganz anderen Umwandlungen zugeführt worden ist.

Bei einer anderen Gelegenheit (S. 200) habe ich bereits darauf aufmerksam gemacht, daß schon zur Zeit der classischen Juristen für die Darlehnscaution ein festes Formular existirte, ungefähr folgenden Inhalts (l. 40. de reb. creditis 12,1):

> Lucius Titius scripsi me accepisse a Publio Maevio quindecim mutua numerata mihi de domo, et haec quindecim proba recte dari Kalendis futuris stipulatus est Publius Maevius, spopondi ego Lucius Titius.

Daran schloß sich dann die regelmäßig damit verbundene Zinsstipulation in Form einer Pönalclausel an. Die Klage aus dieser cautio foene-

raticia — ich spreche hier nur von der Kapitalklage — war und blieb die actio creditae pecuniae *ex stipulatione;* vor der Stipulation verschwand die Bedeutung der numeratio, welche an sich dieselbe Klage hätte erzeugen können.[1]) Es kam daher für die Begründung der Klage auch gar nicht auf den Beweis der Numeration an, sondern sobald die Stipulation feststand, war die Verurtheilung geboten, sofern ihr nicht der Schuldner mit einer eigentlichen exceptio, im Allgemeinen der exceptio doli, begegnete, welche er dann seinerseits zu beweisen hatte. Das Verhältniß der Partheien war so, wie es schon Quinctilian darstellt (de inst. orat. IV., 2., 6.):

> Satis est dixisse: certam creditam pecuniam peto ex stipulatione; diversae partis expositio est, cur ea nondum debeantur.

Im Beginn der nachclassischen Periode, wo die formellobligatorische Wirksamkeit der Stipulation im Allgemeinen bereits aus dem Bewußtsein der Zeit zu schwinden begann, fand sie in dieser besonderen Anwendung der Stipulation gewissermaßen ihre letzte Zufluchtsstätte. Die Darlehnscaution nahm damals dieselbe Stelle ein, welche früher der abstracten Stipulation: centum dari spondes? zugekommen war. Daher kam es auch, daß sie auch da, wo es sich gar nicht um ein Darlehn handelte, häufig benutzt wurde, um irgend ein anderes erlaubtes oder unerlaubtes Geschäft in die privilegirte Form eines creditum zu bringen. Während man früher von der causa ganz abstrahirt, und sich auf den nackten Formalact beschränkt hatte, wählte man jetzt unter den materiellen Stipulationsformularen dasjenige aus, in welchem die causa, obwohl ausgedrückt, keinen Einfluß auf die obligatorische Wirkung gewinnen konnte. Beispiele dieser Art bieten:

c. 2. de non numerata pecunia (4,30).
c. 1. de condictione ob turpem causam (4,7).
c. 2. de his quae vi (2,20).
c. 3. de postulando (2,6).
c. 4. de condictione ob causam datorum (4,6).
c. 5. si certum petatur (4,2).

Hiernach hatte die Darlehnscaution den übrigen materiellen Stipulationsformularen gegenüber einen wechselähnlichen Charakter. Das Bekenntniß: scripsi me accepisse, hatte dabei ungefähr dieselbe untergeordnete Bedeutung, wie das Valutabekenntniß in unseren Wechselformularen. Noch mehr erinnert es an die ältere Gestalt der Wechselbriefe in Italien, in welchen das Valutabekenntniß ebenfalls auf eine bestimmte Summe ge-

1) Nur wenn die Stipulation aus irgend einem Grunde ungültig war, kam die Numeration als Obligationsgrund wieder zum Vorschein. l. 9. §§. 4—7. de rebus creditis (12,1). l. 126. §. 2. de V. O. (45,1).

richtet zu werden pflegte, und zwar auch dann, wenn gar keine baare Zahlung geschehen war, sondern dem Wechsel irgend ein anderes Geschäft zum Grunde lag.

Indem auf diese Weise der in der Stipulation liegende formelle Obligationsact von seiner früheren allgemeinen Bedeutung auf das speciell charakterisirte Gebiet der Darlehnsstipulation zusammenschrumpfte, nahm auch das demselben gegenüberstehende Anfechtungsmittel naturgemäß eine speciellere Gestalt an. Aus der generellen exceptio doli des classischen Zeitalters wurde eine exceptio non numeratae pecuniae.

Der neue Name kommt bereits gelegentlich in den Pandekten vor, nämlich in zwei Stellen Ulpians, l. 29. pr. mandati (17,1) und:

> l. 4. §. 16. de doli exceptione (44,4). Adversus parentes patronosque neque doli exceptio, neque alia quidem, quae patroni parentisve opinionem aut bonos mores suggillet, competere potest. In factum tamen erit excipiendum, ut si forte pecunia non numerata dicatur, objiciatur *exceptio non numeratae pecuniae.*

Hier ist also die exceptio non numeratae pecuniae eine aus besonderen Gründen der gleichwerthigen exceptio doli substituirte exceptio in factum. Die Voraussetzungen des Falles, welchen Ulpian im Auge hat, müssen genauer aus der vorangehenden hier offenbar in Bezug genommenen l. 2. §. 3. eod. entnommen werden:

> si *crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit* — dicendum erit nocere exceptionem.

Dies ist derselbe Fall, den schon Gajus (IV. §. 116.) behandelt:

> Si *stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim,* eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis, sed quia iniquum est, te eo nomine condemnari, placet per exceptionem *doli mali*[2]) te defendere debere.

In allen diesen Stellen ist gar nicht von einem Empfangsbekenntniß, sondern von einer einfachen Stipulation die Rede, welche um eines künftigen Darlehns willen eingegangen ist. Diese Stipulation behält jure civili ihre obligatorische Wirkung, wiewohl das beabsichtigte Darlehn gar nicht gegeben ist. Sie wird aber durch eine exceptio doli oder in factum (non numeratae pecuniae) entkräftet, welche letztere etwa folgendermaßen gelautet haben würde:

> si non eam pecuniam, qua de agitur, tanquam credendi causa numeraturus A. Agerius stipulatus est, nec numeravit.

2) Bei der im Uebrigen fast wortgetreuen Aufnahme dieser Stelle in die Justinianischen Institutionen (§. 2. inst. de exceptionibus 4,13) ist die exceptio doli sehr charakteristisch in exceptio non numeratae pecuniae verwandelt worden.

Im Codex ist dagegen exceptio non numeratae pecuniae der technische Ausdruck für eine Einrede von viel ausgedehnterer Bedeutung geworden, welche unter einer besonderen Titelüberschrift (Cod. 4,30 de non numerata pecunia) als ein eigenthümliches Institut abgehandelt und mehrfach Gegenstand specieller gesetzgeberischer Eingriffe geworden ist. Ich will zunächst von der Periode bis ungefähr zum Untergange des Formularprocesses sprechen, für welche uns in den zahlreichen Kaiserrescripten bis auf Diocletian ein noch ziemlich ergiebiges Quellenmaterial erhalten ist, — nur allerdings theilweise durch Interpolationen dem Justinianischen Rechtszustande angepaßt, und daher mit Vorsicht zu benutzen.

Im Gegensatz zu dem classischen Zeitalter besteht hier die Eigenthümlichkeit der exceptio non numeratae pecuniae, wie ich bereits angedeutet habe, in ihrer besonderen Beziehung zu der Darlehnscaution. Das Angriffsobject ist nicht mehr eine einfache Stipulation, sondern eine nach dem vorhin besprochenen Formular eingerichtete Stipulation auf Rückgabe eines als empfangen bekannten Darlehns. Die Einrede richtet sich gegen den Formalact in der eigenthümlich beschränkten Gestalt, welche derselbe damals angenommen hatte. Daß dagegen das bloße Empfangsbekenntniß nicht mit einer eigentlichen exceptio angefochten werden konnte, so lange der Formularproceß in Geltung war, bedarf kaum der Versicherung. Wir haben unter der Bezeichnung cautio, die in den Quellenstellen dieser Periode gewöhnlich gebraucht wird, niemals einen bloßen Darlehnsschuldschein, sondern immer eine schriftliche Stipulation zu verstehen. Für die meisten Stellen läßt sich diese Bedeutung ohnehin auf das Bestimmteste nachweisen; seit der eingehenden Untersuchung von Gneist ist dieselbe auch wohl nicht eigentlich mehr bezweifelt worden.[3])

Auch hier wiederholt sich zunächst der Fall, daß der Stipulation ein wirkliches, aber durch Numeration noch nicht vollzogenes Darlehn zum Grunde lag; es ist in Erwartung der Zahlung promittirt und das Empfangsbekenntniß anticipirt worden:

c. 1. 3. de non numerata pecunia (4,30).

c. 7. eod. Si *quasi accepturi mutuam pecuniam* adversario cavistis, quae numerata non est.

c. 4. de condictione ex lege (4,9). Si non est numeratum quod *velut accepturum te sumsisse mutuo scripsisti.*

Von diesem ältesten Falle hat die Einrede ohne Zweifel den Namen erhalten. Der Begriff ist aber ebenso unzweifelhaft auch auf andere Fälle ausgedehnt worden, in welchen der promissio gar kein Darlehn, son-

3) Die einzige Stelle welche dem widersprechen würde, ist c. 5. si certum petatur (4,2). In diese ist aber offenbar der spätere Rechtszustand durch die Compilatoren hineingetragen worden.

dern irgend ein ein anderes Geschäft zu Grunde lag, das Empfangsbekenntniß also geradezu fingirt war:

c. 3. de postulando (2,6). Si sub specie honorarii, quod advocato usque ad certum modum deberi potuisset, eam quantitatem quam desiderio tuo complecteris, te daturum cavisti, et *quasi mutuam pecuniam accepisses, eam te redditurum promisisti — exceptione non numeratae pecuniae* tutus es.[4])

Exceptio non numeratae pecuniae hieß also ganz allgemein jede Einrede, mit welcher die formell obligatorische Kraft der Stipulation angefochten wurde, sofern diese Stipulation in die Form einer Darlehnscaution gebracht war. Dies war aber die einzige Form, in welcher die Stipulation diese formellobligatorische Kraft behalten hatte. Darum ist die exceptio non numeratae pecuniae vollständig in die Stelle der älteren exceptio doli getreten. Sie ist ursprünglich gar nichts anderes, als die in factum concipirte Nebenform dieser exceptio doli selbst, wie diese schon in älterer Zeit existirte. In c. 9. de non numerata pecunia (4,30) ist die Bezeichnung in factum excipere ausdrücklich für dieselbe gebraucht. In c. 3. eod. ist noch die doppelte Form exceptio *seu doli, seu non numeratae pecuniae*, als gleichwerthig unmittelbar nebeneinander gestellt. Ebenso kommt die regelmäßige Liberationscondiction neben der exceptio non numeratae pecuniae häufig vor:

c. 7. de non numerata pecunia (4,30).
c. 3. cit. de postulando (2,6).
c. 4. de condictione ob causam datorum (4,6).
c. 4. de condictione ex lege (4,9).

Unsere Einrede folgte denn auch während der Periode, von welcher ich spreche, ganz den Gesetzen der exceptio doli in Bezug auf die Beweislast.[5]) Das heißt: der Excipient mußte zunächst und vor Allem den Causalvertrag, das der Caution zu Grunde liegende Geschäft, beweisen. Von dem Inhalte dieses Causalvertrages hing sodann der weitere Erfolg der Einrede ab. Enthielt derselbe eine turpis vel in-

4) Diese Stelle ist völlig entscheidend gegen die Ansicht von Bähr und Schlesinger, welche den Umfang der exc. u. u. p. auf den Fall eines anticipirten Empfangsbekenntnisses beschränken wollen. Beide haben sich Mühe gegeben die Beweiskraft derselben weg zu interpretiren. Vergl. Bähr Anerkennung S. 310, Note 30. Schlesinger Formalcontracte S. 298, Note 12, S. 314 folg. Am wenigsten haltbar ist der Versuch des Letzteren, die Wiederholung cavisti — promisisti auf zwei Stipulationen verschiedenen Inhalts zu deuten.

5) Einer specielleren Widerlegung der Gneistschen Hypothese (Formelle Verträge S. 275 folg.), wonach dieselben bereits unter Caracalla um das Jahr 215 durch ein besonderes Beweisbeneficium modificirt worden sein sollen, halte ich mich durch die überzeugende Gegenausführung von Bähr (Anerkennung S. 295 folg.) für überhoben.

justa causa, so war damit die verbindliche Kraft der cautio definitiv beseitigt. Bezog sich der Causalvertrag auf eine causa futura, so mußte nun seinerseits der Gläubiger beweisen, causam secutam esse. Dies sind die beiden Hauptfälle, welche in den Quellen vorkommen. Eine besondere Unterart des letzteren bildete der Fall, wo die causa futura in einem wirklichen Darlehn bestand. Hier hatte also der Excipient zu beweisen, daß in Erwartung künftiger Zahlung der Darlehnssumme promittirt sei; dann traf wiederum den Gläubiger die Beweislast, daß die Zahlung in Wahrheit erfolgt sei. Von einer Benutzung des in der cautio enthaltenen Empfangsbekenntnisses zur Führung dieses Beweises konnte der Natur der Sache nach gar keine Rede sein, denn dieses mußte, bevor es überhaupt zu einer Beweispflicht des Gläubigers kam, bereits durch den Einredebeweis des Excipienten widerlegt sein.

Die entscheidendsten Stellen für die principale Beweispflicht des Excipienten sind folgende:

c. 1. de condictione ob turpem causam (4,7). Si ex cautione tua conveniri coeperis, *nullam pecuniam te accepisse, sed ob turpem causam et quam fieri prohibitum est, interpositam cautionem* ei qui super et re cogniturus est, *probandum est*, et eo impleto absolutio sequetur.

c. 2. de non numerata pecunia (4,30). *Minorem pecuniam te accepisse et majorem cautionem interposuisse, si* apud eum qui super ea re cogniturus est, *constiterit*, nihil ultra quam accepisti, cum usuris in stipulatum deductis restituere te jubebit.

Bekanntlich ist in den Kaiserrescripten jener Zeit auf die Beweislast in der Regel viel genauere Rücksicht genommen, als in den theoretischen Schriften der juristischen Classiker; schon in der Fassung des Bescheides ist meistens das Beweisthema, welches der Bittsteller zu erbringen hat, genau hervor gehoben. Dies zeigt sich z. B. für unseren Fall sehr charakteristisch in

c. 4. de condictione ob causam datorum (4,6). *Si* quum exiguam pecuniam revera susciperes, longe majorem te accepisse *cavisti*, eo quod tibi patrocinium adversarius repromitteret, *quum dicas* fidem promissi non secutam, ut libereris obligatione ejus, quod non acceptum propter speratum patrocinium spopondisti, per condictionem consequeris.

Hier ist der Inhalt des Causalvertrages Bedingung der Klage[6]) (si cavisti), welchen der Kläger zu erweisen hat; die Erfüllung des Ver-

6) Die Stelle spricht nur von der condictio, nicht von der exceptio; daß für die letztere dieselben Grundsätze gelten, ist an sich unzweifelhaft, und ergiebt sich z. B. deutlich aus der folgenden Stelle.

trages zu beweisen fällt dem Beklagten anheim, hier braucht der Kläger nur zu läugnen, weshalb der hierauf bezügliche Zwischensatz durch die unterscheidende Wendung quum dicas eingeleitet wird. Aehnlich ist das Verhältniß in der folgenden Stelle:

> c. 7. de non numerata pecunia (4,30). *Si quasi accepturi mutuam pecuniam* adversario *cavistis, quae numerata non est*, per condictionem obligationem repetere, etsi actor non petat, vel exceptione non numeratae pecuniae adversus agentem uti potestis.

Die Ausstellung der Caution in Erwartung eines Darlehns ist das Beweisthema der Bittsteller, die spätere Numeration das ihres Gegners. Ein noch bestimmteres, nur durch die Compilatoren entstelltes Zeugniß für diese doppelte Beweislast in demselben Falle liefert endlich ein Rescript von Caracalla, welches zweimal in den Codex aufgenommen ist, einmal als c. 1. de non numerata pecunia (4,30), einmal als c. 1. si pignoris conventionem (8,33). Gneist[7]) hat, wie ich glaube, völlig überzeugend nachgewiesen, daß diese Stelle in ihrer ursprünglichen Gestalt folgendermaßen lautete:

> *Si* pecuniam tibi non esse numeratam atque ideo frustra cautionem emissam et pignus datum *probaturus es*, in rem experiri potes. Nam intentio pignoris nec numeratae pecuniae non aliter tenebit, quam *si de fide debiti constiterit.* Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus adversarius tuus agere coeperit.

Die Compilatoren haben sie in doppelter Weise dem späteren Rechte accommodirt; das erste Mal (c. 1. de n. n. pecunia) dadurch, daß sie hinter cautionem emissam das Wort asseris einfügten (welches in der lex geminata, wiewohl nicht nach allen Handschriften, fehlt) und dadurch den Beweis des Ausstellers der cautio auf eine bloße Behauptung reducirten; das zweite Mal (c. 1. si pign.) indem sie die Worte nec numeratae pecuniae in neque redditae pecuniae umänderten, wodurch der Stelle ein wesentlich anderer Zusammenhang gegeben ist. Daß in anderen Stellen dieselben Grundprincipien weniger bestimmt hervortreten, erklärt sich naturgemäß aus den besonderen Unterlagen der einzelnen entschiedenen Fälle, und darf um so weniger überraschen, als unser Quellenmaterial unter der Herrschaft eines veränderten späteren Rechtszustandes ausgewählt und zusammengestellt worden ist.

Um den ferneren Entwickelungsgang der Sache zu verstehen, brauchen wir uns nur zu erinnern, daß der formelobligatorische Charakter der Darlehnscaution keine aus dem Bedürfniß des Geschäfts hervorgegangene

7) A. a. O. S. 268 folg. Ich nehme auch im Uebrigen auf die dort gegebene ausführliche Analyse des Inhalts der Stelle Bezug.

Eigenthümlichkeit, sondern das historische Ueberbleibsel eines im Allgemeinen bereits im Absterben begriffenen Instituts war. Was mit dem Formular eigentlich bezweckt wurde, war eine Verkörperung des effectiven Darlehnsgeschäfts, welches wir doch der Natur der Sache nach als die bei weitem gewöhnlichste Grundlage vorauszusetzen haben. Diesem Zwecke gegenüber wurde das aus der älteren Theorie überkommene Ueberwiegen des Formalacts viel mehr als ein Hinderniß empfunden. Gerade die entgegengesetzte Tendenz waltete in dem italienischen Wechsel vor, mit welchem ich die Darlehnscaution vorhin verglichen habe. Hier verflüchtigte sich deshalb allmählich das Valutabekenntniß; die Form bildete sich zu einem eigenen Obligationsgrunde aus. Umgekehrt trat bei den Römern der gewissermaßen in der Form schlummernde Realcontract mehr und mehr in den Vordergrund, die Form verlor ihre eigenthümliche Bedeutung. Wahrscheinlich würde sich dieser Proceß innerhalb der Cautelarjurisprudenz durch eine einfache Befreiung des Cautionsformulars aus den Fesseln der Stipulationsclausel vollzogen haben, wenn nicht das Darlehn wegen der Nothwendigkeit einer Zinsstipulation regelmäßig an die traditionelle Form gebunden geblieben wäre. So hat der anomale Zustand zu künstlichen Aushülfen der Gesetzgebung geführt. Das sonderbare Resultat, zu welchem diese schließlich im Justinianischen Recht gelangt ist, wurde schon innerhalb der bisher betrachteten Periode vorbereitet durch die Einführung einer Verjährungsfrist für die exceptio non numeratae pecuniae.

Die erste sichere Spur dieser Neuerung ist in der c. 8. de non numerata pecunia (4,30) von Alexander Severus aus dem Jahre 228 enthalten. Die Abnormität, welche in der Verjährbarkeit einer Exception lag, machte zugleich ein ebenso abnormes außerordentliches Rechtsmittel unter dem Namen querela oder protestatio de non numerata pecunia erforderlich, welches den Schuldner in den Stand setzte, durch einfache Beschwerde die Exception zu perpetuiren. Die Verjährung erstreckte sich auf jede Art der Anfechtung des Formalacts, auch wenn der Excipient sich auf ein anderes als ein Darlehnsgeschäft gründen wollte.

c. 3. cit. de postulando (2,6).

Die Dauer der Frist hat geschwankt und ist bekanntlich von Justinian zuletzt auf zwei Jahre beschränkt worden.

Diese Maßregel war selbstverständlich zunächst auf den vermehrten Schutz des Gläubigers berechnet.[8]) Sein Recht wurde nun nach Ablauf der Verjährungsfrist absolut unanfechtbar. Dagegen ist der Erfolg vor Ablauf der Frist bald um so mehr zu seinen Ungunsten ausgeschlagen.

8) Dieser konnte allerdings, wie schon Bähr a. a. O. S. 310 richtig hervorgehoben hat, dadurch gefährdet werden, daß er im Vertrauen auf eine anticipirt ausgestellte Caution nachträglich Zahlung der Valuta leistete, ohne sich anderweitige Beweise zu sichern.

Das Detail dieſes ſpäteren Umwandlungsproceſſes iſt uns nicht erhalten. Wir haben nur die Reſultate des Juſtinianiſchen Rechts vor uns.

Hier iſt die Wirkſamkeit der Stipulation als eines formellen Obligationsacts vollſtändig verſchwunden. Die Klage aus der Darlehnscaution iſt allerdings noch die Stipulationsklage, aber ihre innere Natur hat ſich der Darlehnsklage vollſtändig aſſimilirt. Auch auf dieſem Gebiet, wie auf allen anderen, hat ſich der Inhalt gegenüber der Form Bahn gebrochen. Der einfache Schuldſchein ſteht daher nun mit der Darlehnsſtipulation materiell auf gleicher Linie. Das obligatoriſche Fundament iſt in beiden Fällen der Sache nach die Numeration, für welche das Empfangsbekenntniß mit oder ohne Stipulationsclauſel nur als Beweismittel in Betracht kommt. Gegen dieſes Beweismittel richtet ſich nun die exceptio non numeratae pecuniae; ſie wird auch gegen einfache Schuldſcheine zugelaſſen. Ihre urſprüngliche Bedeutung als eine wahre Einrede iſt verloren gegangen. Von einem Einredebeweiſe des Excipienten kann daher nicht mehr die Rede ſein; er beſchränkt ſich auf eine bloße Negation und nöthigt damit den Gläubiger, die Numeration durch andere Beweismittel außer dem Empfangsbekenntniſſe darzuthun. Nach Ablauf der Verjährungsfriſt iſt er nicht nur mit dieſer Negation, ſondern auch mit jedem Gegenbeweiſe gegen das Empfangsbekenntniß ausgeſchloſſen. Inſoweit iſt auf dieſes die formelle Verpflichtungskraft der Stipulation übergegangen.

Die Anwendung ähnlicher Principien auf Empfangsbekenntniſſe anderer Art, namentlich der dos, und auf Quittungen wurde erſt mit der gänzlichen Umgeſtaltung der exceptio non numeratae pecuniae möglich. Das Detail dieſer Fälle und die von Juſtinian dabei ſtatuirten Ausnahmen können hier übergangen werden.

Daß dieſer ganze Rechtszuſtand der Conſequenz einer geſunden Theorie ebenſowenig entſpricht, wie den Bedürfniſſen des Lebens, liegt auf der Hand und wird auch bei der heutigen Anwendung deſſelben zur Genüge gefühlt. Nur ſeine eigenthümliche Entſtehungsgeſchichte macht das Schlußreſultat erklärlich.

Das hiſtoriſche Intereſſe an dieſer letzten Entwickelung der exceptio non numeratae pecuniae concentrirt ſich hauptſächlich auf den einen Punkt, den ich bisher in den Vordergrund geſtellt habe: den Untergang der formellen Verpflichtungskraft der Stipulation. Dieſer iſt mit dem Verſchwinden der eigenthümlichen Bedeutung der Darlehnscaution vollendet worden. Die Stipulation bildet im Juſtinianiſchen Recht nur noch das Gefäß, in welchem der materielle Inhalt der Verträge zur Geltung und, wo er dieſe an ſich nicht hat, zur Klagbarkeit kommt. Eine Stipulation ohne materiellen Inhalt erzeugt keine

Verbindlichkeit mehr; sie braucht nicht, wie im alten Recht, erst durch eine Einrede angefochten zu werden, sie ist von vornherein wirkungslos. In diesem Sinne ist für das Justinianische Recht die l. 25. §. 4. de probationibus zu verstehen:

> Si cautio indebite exposita esse dicatur, *et indiscrete loquatur*, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit.

Eine cautio indiscreta ist nichts anderes, als eine formelle Verpflichtung durch Stipulation, welche auf keinen materiellen Schuldgrund Bezug nimmt, sich auf keinen materiellen Inhalt stützt. Diese nützt dem Gläubiger nichts mehr, er muß ihr durch den Beweis eines anderweitigen Obligationsfundaments zu Hülfe kommen.

Unzweifelhaft hat aber gerade das letzte Stadium der exceptio non numeratae pecuniae auch noch unter dem Einflusse eines anderen Elements gestanden, welches der Entwickelungsgeschichte des Darlehns angehört. Dieses ist für den Zweck unserer Untersuchung ebenfalls von eingreifender Bedeutung und bedarf daher jetzt noch einer besonderen Betrachtung.

§. 51. Das Darlehn mit fingirter Numeration. Der einfache Schuldschein im Justinianischen Recht.

Das römische Darlehn (mutuum) war ursprünglich streng auf den Fall beschränkt, daß der Gläubiger seinem Schuldner das Eigenthum an den dargeliehenen Geldstücken oder sonstigen fungibeln Sachen übertrug. Sogar die etymologische Bedeutung des Wortes mutuum wurde auf diesen Begriff zurückgeführt.

> l. 2. §. 2. de rebus creditis (12,1). Appellata est autem mutui datio ab eo quod *de meo tuum fit*, et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio.

Diese Eigenthumsübertragung, numeratio, war nebst der obligatorischen Absicht der Partheien die Grundbedingung des Geschäfts. Das Darlehn war ein Realcontract im strengsten Sinne des Wortes.

Von dieser Strenge ist im Laufe der Zeit in mehrfacher Richtung abgewichen worden. Die baare Numeration konnte durch verschiedene Surrogate ersetzt werden. Es kommt hier nicht auf eine erschöpfende Aufzählung der Fälle dieser Art an. Einige der interessantesten haben wir bereits in der Delegationslehre kennen gelernt. Die abstracte Leistung des Delegaten konnte in ihrer doppelten Richtung auf das Deckungs- und Valutaverhältniß die directe Numeration einer Darlehnssumme vertreten, und zwar nicht bloß dann, wenn die Anweisung auf Zahlung

gerichtet war, alſo Eigenthumsübertragung wenigſtens zwiſchen anderen Perſonen ſtattfand:

l. 5. §. 8. de jure dotium (23,3),
l. 9. §. 8. i. f., l. 15. de rebus creditis (12,1),
l. 34. pr. mandati (17,1),
l. 65. §. 4. i. f. ad SC. Trebellianum (36,1),
l. 49. de solutionibus (46,3),

ſondern auch dann, wenn eine reine Creditanweiſung vorlag:

l. 19. §. 3. de institoria actione (14,3),
l. 32. de rebus creditis (12,1),

oder wenn der Delegat ſtatt der angewieſenen Zahlung ſeinerſeits promittirte

l. 19. §. 5. ad SC. Vellejanum (16,1). Vergl. S. 108.

Die letzteren Möglichkeiten zeigen, daß es ſich in dieſen Fällen nicht um eine künſtliche, durch constitutum possessorium oder brevi manu traditio vermittelte Eigenthumsübertragung des Gläubigers an ſeinen künftigen Schuldner, ſondern wirklich um ein Darlehn ohne Eigenthumsübertragung handelte. So wird die Sache auch von den römiſchen Juriſten aufgefaßt; die Fälle gelten bei ihnen als — allgemein recipirte — Singularitäten des Darlehns.

l. 15. de rebus creditis (12,1),
l. 34. pr. mandati (17,1),

Im Zuſammenhange damit ſteht auch die ebenfalls allgemein anerkannte Möglichkeit, durch Numeration eigenen Geldes ein Darlehn zu Gunſten eines Dritten zu contrahiren.

l. 9. §. 8. cit. de rebus creditis (12,1),
l. 126. §. 2. de V. O. (45,1),
c. 2. per quas personas nobis acquiritur (4,27).

Die wichtigſte Frage für uns iſt aber die, ob zwiſchen denſelben Partheien eine aus einem anderen Rechtsgrunde ſtammende Verpflichtung auf Zahlung einer Geldſumme durch bloßen Willensact in eine Darlehnsſchuld verwandelt werden konnte. Auch dieſe Möglichkeit war unbeſtritten, in Bezug auf eine Schuld ex deposito, wo ſie allerdings aus einer wirklichen Eigenthumsübertragung an den deponirten Geldſtücken abgeleitet wurde.

l. 9. §. 9., l. 10. de rebus creditis (12,1),
l. 34. pr. mandati (17,1).

Für alle anderen Arten von Schulden war ſie dagegen unter den claſſiſchen Juriſten nicht allgemein anerkannt. Die Hauptſtelle, in welcher die verneinende Anſicht vertreten wird, iſt die bereits mehrfach angeführte l. 34. pr. mandati (17,1) von Africanus:

Qui negotia Lucii Titii procurabat, is quum a debitoribus ejus pecuniam exegisset, epistolam ad eum misit,

qua significaret, certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus. Quaesitum est: an ex ea causa credita pecunia peti possit, et an usurae peti possint? Respondit: *non esse creditam; alioquin dicendum, ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse;* nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi qui mei erant tui fiant; item quod si a debitore meo jussero te accipere pecuniam, credita fiat, *id enim benigne receptum est.*

Der einzige Vertreter der freieren Ansicht ist dagegen Ulpian, welcher an den Standpunkt seines Vorgängers folgendermaßen anknüpft:

l. 15. cit. de rebus creditis (12,1). *Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam;* nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis. *Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est,* ut cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, *videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta.*

Man hat in älterer und neuerer Zeit mehrfach versucht, auch diese Entscheidung auf eine besondere Voraussetzung des Falles einzuschränken, wonach der Mandatar ähnlich wie der Depositar effective Geldstücke des Geschäftsherrn in Händen haben soll, so daß das Darlehn wie in jenem Falle auf die Grundlage einer wirklichen Eigenthumsübertragung zurückgeführt werden könnte. Dieser Annahme widerspricht zunächst die Ausdrucksweise der Stelle, welche die Ansicht des Verfassers gerade als eine durch die Analogie der früher recipirten Singularitäten gebotene weiter gehende Neuerung ankündigt. Außerdem aber nimmt Ulpian noch in einer anderen Stelle auf diese neuere Theorie deutlich in einem ganz allgemeinen Sinne Bezug, nämlich in:

l. 3. §. 3. da SC. Macedoniano (14,6). — Etsi in creditum abii filiofamilias *vel ex causa emtionis, vel ex alio contractu,* in quo pecuniam non numeravi, et si stipulatus sim, *licet coeperit esse mutua pecunia,* tamen quia pecuniae numeratio non concurrit, cessat senatusconsultum.

Hier sind die Worte et si stipulatus sim nicht etwa so zu deuten, als ob die Verwandelung einer Kaufgeld- oder sonstigen beliebigen Schuld in ein Darlehn von der Stipulationsform abhängig wäre; — durch Stipulation konnte man einer Schuld zwar den Charakter eines creditum, aber nicht eines mutuum geben. Das Letztere ist nur möglich vermittelst

einer fingirten Numeration, wie sie eben Ulpian statuirte, wenn die Partheien übereinkamen, ut crediti nomine debitum retineatur. Ein solches Uebereinkommen ist hier mit dem Ausdrucke in creditum abire[1]) bezeichnet, und der Jurist legt ihm dieselbe Wirkung bei, auch wenn gleichzeitig über das creditum eine Stipulation eingegangen wird. Der Satz: et si stipulatus sim will daher nur eine zusätzliche Möglichkeit andeuten, als wenn gesagt wäre: sive stipulatus sim, sive non; auf beide Fälle bezieht sich der Ausspruch coepit esse mutua pecunia.

Hiernach haben wir also die Ansicht Ulpians dahin aufzufassen, daß er die von Africanus geläugnete Möglichkeit, ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse, in voller Allgemeinheit bejaht. Das Darlehn hat damit aufgehört, ausschließlich ein Realcontract zu sein; es hat sich eine Nebenform entwickelt, welche auf der Grenze der Consensualverträge steht. Die Zahlung baaren Geldes wird hier nicht bloß durch ein ihr auch in sonstigen Anwendungen gleichstehendes Aequivalent, wie es die Delegation war, ersetzt, sondern sie wird geradezu fingirt. Und zwar erstreckt sich diese Fiction auf ein Hin- und Herzahlen, also auf eine Eigenthumsübertragung in doppelter Richtung: videtur mihi data pecunia, et a me ad te profecta. Die eine hat den Charakter der solutio, dadurch wird die frühere Schuld beliebigen Ursprungs getilgt; die andere ist eine numeratio, dadurch wird die neue Darlehnsschuld begründet. Als ein Beispiel, wie sich diese doppelte Fiction auch in der äußeren Erscheinung verkörpern konnte, möge noch eine dritte Stelle Ulpians dienen:

> l. 40. pr. de minoribus (4,4). Minor annis viginti quinque, cui fideicommissum solvi pronuntiatum erat, caverat id se accepisse, et cautionem eidem debitor quasi creditae pecuniae fecerat. In integrum restitui potest, quia partam ex causa judicati persecutionem novo contractu ad initium alterius petitionis redegerat.

Hier haben wir einerseits eine Quittung, andererseits einen Schuldschein über ein Darlehn (der letztere wahrscheinlich mit einer Stipulation ver-

1) Aehnlich in creditum ire in l. 65. §. 4. ad SC. Tribellianum (36,1). Daß in unserer Stelle an die Stipulation nur beiläufig, hauptsächlich aber an die freieren Formen des Darlehns gedacht ist, ergiebt auch der Schlußsatz derselben:

> Quod ita demum erit dicendum, si non fraus senatusconsulto sit cogitata, ut qui credere non potuit, magis ei venderet, *ut ille rei pretium haberet in mutui vicem.*

Hier ist von dem sogenannten contractus mohatrae die Rede, welchen Ulpian ebenfalls im Gegensatz zu Africanus (l. 34. pr. cit.) für ein wirkliches mutuum hielt. l. 19. pr. praescriptis verbis (19,5). l. 11. pr. de rebus creditis (12,1). Man vergleiche dazu die Bemerkungen von Schmidt (Kritische Jahrbücher 1847 S. 25) gegen Gneist (Formelle Verträge S. 135); auch Heimbach Creditum S. 419.

bunden). Beide Zahlungen sind nicht wirklich geschehen, sie repräsentiren aber in ihrer fingirten Combination einen Willensact, vermittelst dessen die Judicatschuld wirklich aufgehoben, und die Darlehnsschuld wirklich eingegangen wird.

Nach dieser Theorie Ulpians, die wir für die spätere Zeit als herrschend und für das Justinianische Recht als legislatorisch approbirt anzunehmen haben, war also eine Darlehnscaution, sofern sie über eine ältere Schuld ausgestellt wurde, nicht mehr bloß eine abstract wirksame Stipulation, sondern zugleich ein wirkliches Darlehn. Auch in diesem Falle wurde nicht mehr bloß verbis, sondern re et verbis contrahirt. Beide Elemente, von denen jedes für sich die allgemeine condictio certi erzeugen konnte, flossen allerdings zunächst noch ununterscheidbar zusammen; aber der Realcontract gewann auch vermöge seiner eigenen freieren Entwickelung über den Verbalcontract das Uebergewicht. Wenn der einfache Consens der Partheien genügte, um etwas, was nicht Darlehn war, zum Darlehn zu machen, so bedurfte es zur Geltung eines derartigen obligatorischen Willensactes nicht mehr der Stipulation. Es konnte sich nun die Vorstellung Bahn brechen, daß auch in einem einfachen Schuldschein ein mit einer wirklichen *exceptio* non numeratae pecuniae anfechtbarer Obligationsact verkörpert sei. Für den Inhalt der Einrede ist freilich diese Vorstellung nicht festgehalten worden; diese richtete sich nicht gegen die Supposition einer fingirten, sondern gegen den Beweis einer wirklichen Numeration. Hierin spiegelt sich die Zwitternatur des Realcontracts wieder, bei welcher die Entwickelung stehen geblieben war.

Das Darlehn hat zu allen Zeiten naturgemäß die Tendenz gehabt, sich zu abstracten Formalobligationen umzubilden. Von den übrigen materiellen Verträgen ist es schon durch die ausschließliche oder doch überwiegende Richtung auf Geld, als das flüssigste Verkehrsobject, unterschieden. Nirgends unterliegt die Schuld so wenig Einflüssen aus dem Acte ihres Ursprungs, als beim Darlehn. Diese Eigenthümlichkeiten machen es besonders geeignet, Forderungsrechte zu selbstständigen Vermögensobjecten zu gestalten, und die Lostrennung derselben aus ihrem ursprünglichen Zusammenhange zu vermitteln. Schon im ältesten römischen Recht hatte das creditum einen ähnlichen Entwickelungsproceß durchgemacht. Neben der baaren Numeration waren Litteral- und Verbalcontract als formale Creditumsgründe emporgewachsen. Aus dem verallgemeinerten Begriffe des creditum hatte sodann die Theorie das mutuum als Darlehn im engeren Sinne, als einen strengen Realcontract wieder ausgesondert. Jetzt, nachdem der Litteralcontract längst verschwunden, der Verbalcontract im Absterben begriffen war, schien sich innerhalb des mutuum ein ähnlicher Vorgang wiederholen zu sollen.

Das Darlehn in der freieren Auffaſſung Ulpian's ſtand zu dem wirklichen Realcontract ſachlich bereits in demſelben Gegenſatze wie etwa das nomen transcripticium zu dem nomen arcarium. Videtur mihi data pecunia et a me ad te profecta, dieſe Worte Ulpians könnten ebenſogut zur Erläuterung einer transcriptio a re in personam benutzt werden. Es fehlte nur noch an der Form, welche der fingirten Numeration eine von ihrem Urſprunge unabhängige Klagbarkeit geben konnte. Die Möglichkeit lag nahe, daß eine ſolche Form in dem ſchriftlichen Empfangsbekenntniß gefunden wurde; der Boden dafür war hinlänglich vorbereitet durch die eigenthümliche Stellung, in welche die ſchriftliche Darlehnsſtipulation gerathen war. Die Function, welche hier die Stipulation ausgeübt hatte, brauchte nur auf den einfachen Schuldſchein übertragen zu werden. Gleichwohl iſt dieſer Erfolg im Juſtinianiſchen Recht nicht eingetreten, oder wenigſtens nur in ſo beſchränktem Maße, daß eine weitere Fortbildung in ähnlicher Richtung für die ſpätere Zeit eher gehindert, als befördert worden iſt.[2])

Eine formelle Scripturobligation aus einfachen Darlehnsſcheinen iſt nur zu Stande gekommen, ſofern dieſelben die Friſt der exceptio non numeratae pecuniae überdauert hatten:

> Inst. de litterarum obligatione (3,22). Si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest; hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit, ut hodie, *dum queri non potest, scriptura obligetur;* et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione.

Für dieſes Stadium anomaler vollſtändiger Unanfechtbarkeit iſt der Schuldſchein wirklich Erbe der Stipulation geworden; für das vorangehende Stadium der Anfechtbarkeit iſt er ſelbſt aus der ihm natürlich zukommenden Stellung eines Beweismittels verdrängt worden. Das Realcontractselement des Darlehns hat hier ſeine Herrſchaft behauptet, und ſich der exceptio non numeratae pecuniae zu neuer Befeſtigung derſelben bemächtigt. Weil der Scriptur etwas Anderes zu Grunde liegen konnte als die res, galt ſie zunächſt gar nichts; der Gläubiger mußte ihr mit dem Beweiſe entweder der res, oder des anderen Schuldgrundes, der baaren oder der fingirten Numeration zu Hülfe kommen. Zu allen Irregularitäten des Inſtituts iſt dadurch ein neuer innerer Widerſpruch gekommen. Während es anfangs gar keiner wahren Ein-

2) Im italieniſchen Rechte des Mittelalters kam noch ein anderer Umſtand hinzu, daß nämlich das Darlehn in ſeiner lebendigen Wirkſamkeit durch das Zinsverbot des canoniſchen Rechts verkümmert war. So iſt es gekommen, daß für die moderne Entwickelung dieſelbe Rolle nicht dem mutuum, ſondern dem nahe verwandten cambium zugefallen iſt.

rede bedurfte, um die Wirkung des Schuldscheins als Klagegrund zu entkräften, wurden mit dem bloßen Zeitablauf auch die wirklichen Einreden unbrauchbar. Für Beides mußte die sogenannte *exceptio* non numeratae pecuniae den gemeinschaftlichen Rahmen abgeben. Dem Gläubiger entzog sie nur das Fundament des Realcontracts, denn nur dieses lag bereits äußerlich zu Tage; dem Schuldner entging mit ihr zugleich die Möglichkeit, auf irgend eine andere Vertheidigung zurückzugehen. [3])

§. 52. Grenze des Numerationsbekenntnisses gegen die Agnition und gegen die Novation.

Ich halte es nicht für überflüssig, die Geschichte der Darlehnscaution und des Empfangsbekenntnisses, welche uns in den beiden letzten Paragraphen beschäftigt hat, jetzt noch einmal in dem charakteristischen Gegensatze zu den früher betrachteten stipulationes debiti ins Auge zu fassen. Es ist an sich eine sehr merkwürdige Erscheinung, daß der Entwickelungsproceß auf beiden Gebieten einen völlig entgegengesetzten Verlauf genommen hat. Anerkennung einer Schuld und Empfangsbekenntniß eines Darlehns waren beides Elemente, welche die Stipulation begleiteten, — dem Inhalt, nicht der Form des Vertrages angehörig. Beide haben im Gegensatze zu dem in seiner Bedeutung zurücktretenden Formalact allmählich eine selbstständige Stellung gewonnen. Aber während die confessio debiti aus einem Beweismittel zu einem wahren Verpflichtungsgrund emporgewachsen ist, ist umgekehrt das Empfangsbekenntniß auch in seiner natürlichen Geltung als Beweismittel verkümmert. Der historische Grund dieses Gegensatzes ist aus der bisherigen Darstellung zur Genüge ersichtlich geworden. Die stipulatio debiti lehnte sich von Hause aus an ihren Inhalt an; diesem kam zu Gute, was die Form mehr und mehr an Bedeutung einbüßte. Die Darlehnscaution wirkte im Gegentheil durch die Stipulation ohne Beziehung auf den Inhalt; während des Verflüchtigungsprocesses der Form trat hier die Numeration als Verpflichtungsgrund wieder in den Vordergrund; diesen Elementen gegenüber ist das bloße Empfangsbekenntniß als ein in der Hauptsache werthloses Substrat der Form zurückgeblieben.

3) Anderer Meinung sind natürlich diejenigen, welche schon nach römischem Rechte einen Gegenbeweis gegen das Valutabekenntniß in perpetuum zulassen. Aber auch die meisten Vertreter der entgegengesetzten Ansicht statuiren nach Ablauf der Frist wenigstens Einreden z. B. des Betruges, Zwanges, der Simulation. Vergl. Gneist Formelle Verträge S. 96 und die dort angeführten Autoritäten. Ich verzichte um so mehr auf eine erschöpfende Untersuchung des Gegenstandes als ich für das heutige Recht der herrschenden Meinung beitrete.

Eine ſo verſchiedene Geſchichte ſetzt natürlich zwei auch ſachlich beſtimmt gegen einander abgegrenzte Gebiete voraus. Exceptio indebiti promissi und exceptio non numeratae pecuniae ſind in allen ihren Entwickelungsſtufen zwei in ihren Vorausſetzungen wie ihren Wirkungen klar unterſcheidbare Rechtsmittel geweſen. Es kommt jetzt darauf an, dieſen ſachlichen Gegenſatz noch etwas näher zu präciſiren. Der äußeren Erſcheinung nach war derſelbe ein ſehr einfacher: die Agnition gründete ſich auf eine causa praecedens, bei der Darlehnscaution repräſentirte dagegen das Valutabekenntniß ein gleichzeitig ausgetauſchtes Aequivalent.

> c. 5. de non numerata pecunia (4,30). Adversus petitiones adversarii si quid juris habes, uti eo potes. Ignorare autem non debes, *non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere ubi quasi credita pecunia petitur.* Cum autem *ex praecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur*, non requiritur, an tunc quum cavebatur numerata sit, sed an *justa causa debiti praecesserit.*

Mit dieſem äußerlichen Unterſchiede iſt indeſſen die Sache nicht erſchöpft. Es kann auch über eine causa praecedens eine cautio quasi creditae pecuniae ausgeſtellt werden; wir haben ein Beiſpiel der Art bereits in der oben S. 326 citirten l. 40. pr. de minoribus (4,4) kennen gelernt. Dort lag eine Judicatsſchuld vor, welche von dem Gläubiger unter gleichzeitiger Eingehung eines Darlehnsvertrages (mit fingirter Numeration) quittirt war. Die neue Darlehnscaution iſt unter dieſen Umſtänden, wiewohl der Sache nach auf einer causa praecedens beruhend, nicht der exceptio indebiti, ſondern der exceptio non numeratae pecuniae ausgeſetzt. Bedingung der Agnition mit ihren eigenthümlichen Wirkungen iſt alſo, wie ich ſchon S. 310 hervorgehoben habe, nicht bloß eine causa praecedens an ſich, ſondern eine Bezugnahme auf dieſe causa, eine specialis causae explanatio oder edictio. Dadurch erhält die neue Obligation einen mit der früheren identiſchen Inhalt; Kaufgeld bleibt Kaufgeld, Judicatſchuld bleibt Judicatſchuld,[1]) nur eingekleidet in die Stipulationsform, welche dann das Verſprechen der früheren Schuld als ſolcher, mit ihren urſprünglichen Eigenthümlichkeiten zum Gegenſtande hat. Umgekehrt wird bei der Ausſtellung einer Darlehnscaution oder eines bloßen Darlehnsempfangsbekenntniſſes über eine frühere Schuld deren Urſprungseigenſchaft völlig abgeſtreift; es wird eine abſtracte Geldſchuld an ihre Stelle geſetzt, welcher in der fingirten Numeration eine künſtliche Baſis gegeben iſt.

1) Es kann der confessio unter Anderen auch eine frühere Darlehnsſchuld zu Grunde liegen. Dann unterſcheidet ſie ſich von der gewöhnlichen Darlehnscaution eben dadurch, daß dieſes Darlehn als ein früheres, als eine justa causa debiti praecedentis in Bezug genommen iſt. Vergl. Bähr Anerkennung S. 307.

Ich habe die Stellung der exceptio non numeratae pecuniae zu einer derartigen über eine frühere Schuld ausgestellten Darlehnscaution bisher nur andeutungsweise erwähnt. Auch geben die Quellen darüber keine directe Auskunft. Nach den bereits früher entwickelten allgemeinen Grundsätzen kann aber die Entscheidung des Falles nicht wohl zweifelhaft sein. So lange die exceptio non numeratae pecuniae die Natur einer der Stipulation als einem formellen Verpflichtungsact gegenüberstehenden exceptio doli bewahrt hatte, war selbstverständlich zunächst die actio creditae pecuniae begründet, und dem Schuldner lag der Beweis des Causalvertrages ob, daß die in Form der Darlehnscaution eingegangene Verpflichtung sich auf ein als bestehend angenommenes Schuldverhältniß gründete. War dieser Beweis geführt und damit zugleich das Bekenntniß baarer Numeration widerlegt, so mußte nun der Gläubiger die Gültigkeit der Schuld (oder die wissentliche Promission einer Nichtschuld) darthun. Dies folgte mit Nothwendigkeit aus der Theorie des indebitum promissum nach altem Recht. Auch durch die c. 13. de non numerata pecunia (4,30) ist hierin nichts geändert, denn es fehlte eben an der specialis causae explanatio als Voraussetzung für eine Umkehrung der Beweislast. Eine Darlehnscaution der fraglichen Art ist wiederum nur eine cautio indiscreta im Sinne der interpolirten l. 25. §. 4. de probationibus, und es mag an diesen Fall von den Compilatoren noch mehr als an den der abstracten Stipulation überhaupt gedacht sein. Im Justinianischen Rechte ist nur die principale Beweispflicht des Excipienten, wie bei der exceptio non numeratae pecuniae überall weggefallen, und es gilt daher nun einfach das compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, wobei wiederum das Empfangsbekenntniß nicht benutzt werden konnte. Dieselben Grundsätze sind im Justinianischen Recht auch für einfache Schuldscheine ohne Stipulationsclausel anwendbar geworden.

Die Grenze, welche ich hier zwischen Agnition und Numerationsbekenntniß gezogen habe, fällt zusammen mit der Grenze der Novationsstipulation. Identität des Inhalts der neuen Obligation und der früheren ist die wesentliche Bedingung der Novation wie der Agnition. Verwandelung einer Schuld in eine Darlehnsschuld ist ebenso wenig das eine wie das andere. Dieser Gegensatz auch der liberatorischen Seite beider Geschäfte verdient um so mehr an dieser Stelle noch besonders hervorgehoben zu werden, als die Vorstellungen der heutigen Theorie und Praxis in dieser Beziehung vollständig verwirrt sind.

Unter den neueren Schriftstellern ist ein Gegensatz der angedeuteten Art am bestimmtesten hervorgehoben worden von Sintenis,[2]) welcher

2) Civilrecht II. §. 105. Vergl. auch Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Bd. IX. S. 135 folg.

darauf die Unterscheidung von Schulderneuerung und Schuldverwandelung gegründet hat. Diesen Kategorieen liegt der richtige Gedanke zum Grunde, daß in dem einen Falle die alte Schuld ihre ursprünglichen Eigenschaften behält, im anderen nicht. Schuldverwandelung ist aber als ein allgemeiner Begriff ohne alle juristische Bedeutung, und Sintenis subsumirt denn auch darunter Fälle, die mit dem Gegenstande gar nichts zu thun haben. Z. B. spricht er von der Verwandelung eines Kaufs in einen Miethsvertrag. Wenn ich aber ein Haus gekauft habe und nun mit meinem Verkäufer verabrede, daß ich es nicht als Käufer, sondern als Miether haben soll, so schließen wir zwei von einander völlig gesonderte Verträge. Durch den einen wird der frühere Kaufvertrag aufgehoben, durch den anderen ein neues Miethsverhältniß eingegangen. Beide stehen nur durch den zufälligen Umstand mit einander in Berührung, daß sie dasselbe Object betreffen. Verwandelung eines obligatorischen Verhältnisses in ein anderes von verschiedener Beschaffenheit ist überhaupt an sich ein logisches Unding. Wenn wir im Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens diesen Ausdruck gebrauchen, so ist damit immer nur Verwandelung eines bestimmten Schuldobjects gemeint, für welches der frühere Schuldgrund aufhört und ein neuer beginnt. Immer löst sich der Vorgang in einen liberatorischen und einen obligatorischen Vertrag auf; ein juristisches Interesse knüpft sich daran nur insofern, als dabei Abweichungen von den sonstigen regelmäßigen Bedingungen der Wirksamkeit eines Vertrages vorkommen. Dies ist einzig und allein der Fall bei dem Darlehn mit fingirter Numeration, von welchem ich daher auch allein sprechen will.

Ich habe schon vorhin darauf aufmerksam gemacht, daß die fingirte Zahlung in diesem Falle eine doppelte ist: videtur *mihi data* pecunia et *a me ad te profecta*. Die eine ist liberatorisch, Tilgung der früheren Schuld, die andere obligatorisch, Eingehung der neuen. Ohne jene erste ist die zweite gar nicht denkbar, es würde ihr an jedem Objecte fehlen. Das Darlehn hat also in diesem Falle den Untergang der früheren Schuld zur nothwendigen Voraussetzung, sie wird für bezahlt angenommen, damit das bezahlte Geld als Darlehnsvaluta zu dem Schuldner zurückkehren könne. Mit dem facultativ liberatorischen Vertrage, durch welchen eine mit der früheren Schuld materiell identische stipulatio debiti zu einer Novation wurde, bietet dieser Fall eigentlich kaum einen Vergleichungspunkt. Als charakteristisches Beispiel des Unterschiedes mag eine Zusammenstellung von l. 40. pr. de minoribus (4,4) und l. 4. §. 4. de re judicata (42,1) dienen, beides Stellen, die wir schon kennen gelernt haben. Jene spricht von einer cautio *quasi creditae* pecuniae, welche sich auf eine Judicatschuld gründet:

Minor annis viginti quinque, cui fideicommissum solvi

pronuntiatum erat, caverat id se accepisse, et cautionem eidem debitor quasi creditae pecuniae fecerat.

Hier ist die Judicatschuld definitiv und unter allen Umständen aufgehoben, dem Gläubiger steht nur die Restitution offen; nicht etwa, weil er durch Quittungsleistung den animus novandi kundgegeben hätte, sondern weil das Judicat für bezahlt, und die Zahlung zur Constituirung des Darlehns verwendet gilt. Umgekehrt in der anderen Stelle:

Si ex conventione litigantium cautum sit post rem judicatam ei, cui quis condemnatus est, eveniet ut hic etiam recedatur, si modo novatio intercessit; ceterum si non novandi causa id factum est, manebit ordo exsecutionis.

Hier ist nicht quasi de credito, sondern einfach de judicato cavirt; die neue Obligation ex stipulatu steht neben der früheren ganz selbstständig; diese wird nicht bezahlt, sondern höchstens novirt, und ob dies geschieht oder nicht, bleibt von dem Willen der Partheien abhängig.

Für das römische Recht konnte die Möglichkeit einer Novation überhaupt nur in dem Falle in Frage kommen, wenn über das Darlehn mit fingirter Numeration gleichzeitig eine Stipulation geschlossen wurde. Gerade in diesem Falle verschwand dann aber — wenigstens im alten Recht — das Darlehn wieder in der formellobligatorischen Stipulation, und es war nun im Resultat ebensogut, als wenn über eine bestehende Schuld eine abstracte Stipulation eingegangen worden wäre. Auch dieser Fall ist aber von den Römern niemals als eine Novation aufgefaßt worden. Die Darlehnscaution als die spätere Form, wechselähnlicher, abstract verpflichtender Stipulation war ebensowenig eine Novationsstipulation, wie es die ältere Form ohne irgend eine ausgedrückte causa war. Es fehlte hier, wie dort, an dem Hauptrequisit derselben: Identität des Inhalts der neuen Schuld mit dem der alten. Ich kann zum Beweise dieses Satzes in der Hauptsache auf die im vorigen Kapitel abgehandelte Entstehungsgeschichte der Novation im neueren Sinne Bezug nehmen. Es bleibt mir nur noch übrig, die dort gewonnenen Resultate gegen möglichen Einwurf zu sichern. Die wenigen Quellenstellen, welche den Fall einer cautio quasi creditae pecuniae über eine vorausgegangene Schuld behandeln, sind zum größten Theile bereits besprochen und geben zu weiteren Bemerkungen keine Veranlassung. Dagegen bedarf noch eine Stelle der näheren Betrachtung, welche ebenfalls auf diesen Fall bezogen werden kann, und geradezu ein Beispiel der Novation durch eine Darlehnscaution abzugeben scheint. Dies ist die

c. 6. si certum petatur (4,2). Si ex pretio debitae quantitatis, facta novatione per stipulationem, usuras licitas ab eo contra quem supplicas stipulatus es, falsa mutuo

datae quantitatis demonstratio praemissa, cum obligationis substantia non defecerit, quominus usque ad modum placitum usurae possint exigi, nihil nocet. Si vero citra vinculum stipulationis tantum mutuam pecuniam datam conscriptum est et ejus praestari foenus convenit, simulatis pro infectis habitis, hujusmodi placitum nihil de praecedenti mutavit obligatione.

Nicander, an welchen dieſes Reſcript gerichtet iſt, hatte ſich für eine Kaufgeldforderung Zinſen verſprechen laſſen, und dabei das Kapital als ein Darlehn empfangen zu haben bekannt; er fragt nach der Gültigkeit des Zinsanſpruches. Die Kaiſer (Diocletian und Maximian) beantworten die Frage unter einer doppelten Vorausſetzung: entweder die Zinſen ſind ſtipulirt, oder ſie ſind nudo pacto verſprochen; im erſten Falle iſt der Vertrag verbindlich, im zweiten nicht. Bleiben wir zunächſt bei dem erſten Theil der Stelle ſtehen. Die Annahme geht hier auf eine doppelte Stipulation, eine über das Kapital, eine über die Zinſen — das iſt ausdrücklich geſagt: facta novatione *per stipulationem*, usuras — *stipulatus es.*[3]) Damit iſt nicht ausgeſchloſſen, daß beide Stipulationen uno tenore in einer Urkunde enthalten ſein konnten; nach dem Grundſatze tot stipulationes quot res (l. 75. §. 6. de V. O. 45, 1) würden ſie gleichwohl gerade wie in l. 126. §. 2. eod. als getrennt aufzufaſſen geweſen ſein. Die nächſtliegende Vorſtellung, die wir uns von der Sache machen können, iſt alſo offenbar die, daß das öfter beſprochene Formular einer cautio foeneraticia für eine urſprüngliche Kaufgeldſchuld benutzt worden ſein ſollte. Danach würden wir uns das fingirte Bekenntniß eines Darlehns im erſten Theile der Caution, in der Kapitalſtipulation, zu denken haben; da dieſe von den Kaiſern ausdrücklich eine Novation genannt wird, ſo würde die Möglichkeit einer Novationsſtipulation ohne Bezugnahme auf das frühere Schuldverhältniß nicht geleugnet werden können. — Gehen wir nun, zunächſt unter Beibehaltung dieſer Auslegung, auf den zweiten Theil der Stelle über. Hier haben wir *anſtatt* der Kapitalſtipulation eine bloße conscriptio mutuam pecuniam datam esse, anſtatt der Zinsſtipulation eine conventio de foenore praestando, beides citra vinculum stipulationis. Warum iſt nun das Zinsverſprechen unverbindlich? Dies würde den allgemeinen Regeln entſprechen, wenn es neben einem wirklichen Darlehn eingegangen wäre, mochte nun das Darlehn auf baarer oder fingirter Numeration beruhen. Die Kaiſer leugnen aber mit ausdrücklichen Worten das Zuſtandekommen eines Darlehnsvertrages. Sie ſprechen im erſten Satze von einer *falsa mutuo* datae quantitatis *demonstratio*, im zweiten von *simulatis pro infectis*

3) In unſern Ausgaben ſteht allerdings meiſt hinter novatione ein völlig unmögliches Komma.

habitis. Schon dieſer Umſtand muß einigermaßen befremden, ließe ſich aber wohl durch die Annahme erklären, daß die freiere Darlehnstheorie Ulpians zu jener Zeit noch nicht allgemein herrſchend war, ſondern die Kaiſer auf dem älteren Standpunkte des Africanus ſtanden. War nun aber die Kapitalſchuld nicht Darlehn, ſondern Kaufgeld, ſo konnten nach allgemeinen Grundſätzen Zinſen auch ohne Stipulation aus dem bloßen pactum adjectum mit der actio bonae fidei gefordert werden; eine falsa demonstratio würde hier, wo es nur auf den formloſen Conſens ankam, noch weniger geſchadet haben, als bei der Stipulation. Gerade in demſelben Sinne entſcheidet Africanus am Schluſſe der ganz analogen l. 34. pr. mandati (17,1)

> Et in proposito igitur dicendum, *actione mandati obligatum fore* procuratorem, *ut usuras, de quibus convenerit, praestare debeat.*

Dieſe ganze Auslegung der Stelle iſt alſo unmöglich. Die Ungültigkeit des Zinsverſprechens nudo pacto iſt nur dadurch zu erklären, daß die Kapitalklage stricti juris war; da es keine Darlehnsklage war, muß es eine Stipulationsklage geweſen ſein. Wir werden alſo zu dem Schluſſe genöthigt, daß eine Kapitalſtipulation gemeinſchaftliche Vorausſetzung beider in der Stelle entſchiedener Fälle iſt, und daß ſich das citra vinculum stipulationis in dem zweiten Satze nur auf das Zinsverſprechen bezieht. Ferner kann dieſes nicht gleichzeitig mit der Kapitalſtipulation eingegangen ſein, ſonſt würde der Grundſatz zur Geltung kommen: pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur. Endlich ergiebt ſich dann, daß die falſche Bezeichnung der Schuld als eines Darlehns nicht in der Kapitalſtipulation, ſondern nur in dem Zinsvertrage enthalten war. Dies ſind alles nothwendige Conſequenzen aus dem Inhalte der Stelle. Der Fall liegt nun einfach ſo: Nicander hatte mit einer gewöhnlichen Kaufgeldſtipulation die urſprüngliche Schuld novirt (ex pretio debitae quantitatis fecit novationem per stipulationem). Dadurch war der Zinſenlauf ſiſtirt, deshalb ſollte der Schuldner durch einen neuen Vertrag nachträglich die Verzinſung übernehmen.[4]) Hierbei war — irrthümlich oder mißbräuchlich — das Kapital als ein Darlehn bezeichnet worden. Das iſt die ſehr natürliche Grundlage für die Frage des Bittſtellers, ob die falsa demonstratio ſeinem Zinsanſpruche ſchade. Darauf wird nun reſcribirt: wenn nur

4) Will man in die Stelle noch eine weitere willkührliche Vorausſetzung hineintragen, ſo kann man ebenſogut annehmen, daß auch die Novationsſtipulation ſchon auf Kapital und Zinſen ging, wie in c. 3. ad SC. Macedonianum (4,28): pretium cum usurarum accessione spopondit, und daß es ſich nachher um eine Erhöhung des urſprünglich beliebten Zinsfußes handelte, wie ſie auch heutzutage oft genug vorkommt. Dann würde das Reſcript ſo zu verſtehen ſein, daß im erſten Falle usurae usque ad modum placitum, im zweiten nur usque ad modum praecedentis obligationis zugeſprochen werden.

die Zinſen ſtipulirt ſind, können ſie auch gefordert werden, es kommt nicht auf die gewählte Bezeichnung, ſondern nur auf eine gültige Kapitalſchuld überhaupt an (obligationis substantia non defecit). Ohne Stipulation können aber die Zinſen nicht gefordert werden; von der falſchen Bezeichnung kann zwar auch hier abgeſehen werden (simulatis pro infectis habitis iſt Einwurf, nicht Entſcheidungsgrund), aber ein nudum pactum vermag nichts neben der Stipulation (praecedens obligatio iſt die Novationsſtipulation) und deshalb bleibt es in dieſem Falle beim Alten. Die Ausdrucksweiſe der Stelle iſt hiernach in allen ihren Theilen natürlich und unbedenklich. Namentlich erklärt ſich vollſtändig, daß die Kaiſer die vorliegende Einkleidung nicht auf ein abire in creditum oder in mutuum deuten konnten; denn der Zinsvertrag als ein bloßes referens blieb ohne Bedeutung gegenüber dem relatum, in welchem der Wille der Contrahenten anders ausgedrückt war. Von einer cautio quasi creditae pecuniae iſt demnach in dieſer Stelle gar nicht die Rede; im Gegentheil zeigt ſich auch hier, daß die urſprüngliche Eigenthümlichkeit der Schuld in der Novationsſtipulation deutlich erkennbar blieb.[5])

§. 53. Die Novation im Juſtinianiſchen Recht.

Wenn wir — dem Gange der Unterſuchung gemäß — für jetzt bei der Novation unter denſelben Partheien ſtehen bleiben, ſo können wir nach dem Vorigen geradezu ſagen, daß im Juſtinianiſchen Recht die Novationsſtipulation nach ihrer obligatoriſchen Seite den Charakter der Agnition angenommen hat.

Die weſentliche Eigenthümlichkeit der Novationsſtipulation beſtand darin, daß eine neue Obligation unter Bezugnahme auf eine bereits beſtehende eingegangen wurde. Die Stipulation reproducirte die alte Schuld ihrem materiellen Inhalte nach, mit allen ihren Urſprungseigenſchaften und Beſonderheiten; es wurde das Object der früheren Obligation als ſolches verſprochen, nicht bloß ein abſtractes Aequivalent derſelben, eine bloße Summe. An ſich blieb die Obligation ex stipulatu auch denſelben Einreden und Anfechtungsmitteln ausgeſetzt. Aber die Bezugnahme auf das ältere Obligationsfundament hatte zugleich die Natur jener specialis causae edictio oder explanatio, welche — wenigſtens ſoweit es ſich um eine Stipulation unter denſelben Partheien handelte — die eigenthümlichen Wirkungen der confessio oder agnitio zu Wege brachte. Hiſtoriſch genommen, war Agnition keine Vorausſetzung, keine Bedingung der

5) Ich finde im Weſentlichen dieſelbe Auslegung der Stelle bereits bei *Perez* praelectiones ad cod. tit. de rebus creditis num. 16.

Novation; aber dadurch, daß beide in der Wiederholung des Inhalts der früheren Schuld ihre gemeinschaftliche Grundlage hatten, ist die Agnition zu einer unzertrennlichen Begleiterin der Novation geworden. So ist es gekommen, daß nicht sowohl durch die Novationsstipulation, als neben derselben ein neues obligatorisches Fundament für die Obligation entstand, welches nur unter denselben Voraussetzungen anfechtbar war, wie eine Zahlung der alten Schuld. Condictio und exceptio indebiti promissi erforderten im Justinianischen Recht — wie die condictio indebiti soluti — von Seiten des Excipienten oder Condicenten den Beweis der Nichtschuld und eines entschuldbaren, also thatsächlichen Irrthums.

Dieser Umstand hatte eine nothwendige Rückwirkung auf die Natur der in der Novation enthaltenen Liberation. Die Liberation wird um der Agnition willen ertheilt; dadurch erhält sie einen von anderen Liberationsacten unterscheidbaren charakteristischen Inhalt. Novation ist Aufhebung einer bestehenden Schuld mit Rücksicht auf ein durch Anerkenntniß derselben gewonnenes neues obligatorisches Fundament.

Für das Justinianische Recht ist also, im Gegensatz zu dem älteren, eine materiell gültige neue Verbindlichkeit wesentliche Voraussetzung der Novation geworden. Dadurch hat die Novation nun einen entschieden zahlungsähnlichen Charakter angenommen, sie liefert jetzt für die Aufhebung der Schuld stets einen gleichwerthigen Ersatz durch eine neue Forderung von gleichem Inhalt, welche auf einem neu befestigten Fundamente ruht.

Ich habe am Schlusse des vorigen Kapitels vorbehalten, aus der Justinianischen Reform der liberatorischen Seite des Instituts die Consequenzen für das Detail des älteren Rechtszustandes zu ziehen. Diese können jetzt mit Berücksichtigung des neuen Gesichtspunktes, den unsere Betrachtung ergeben hat, nachgeholt werden.

Die mit consumirender Kraft ausgestatteten Novationsformeln des alten Rechts: quidquid dare facere oportet und rem aliquam dari spondes? existiren im Justinianischen Rechte nicht mehr. Sie liefern nicht einmal mehr eine Präsumtion für den animus novandi. Die Liberation beruht nur noch auf dem formlosen Willen der Partheien. Wenn aber jene Formeln auch wirklich animo novandi gebraucht wurden, konnten sie doch keine Novation im neueren Sinne zu Stande bringen. Es fehlt bei ihnen die Reproduction des Inhalts der früheren Obligation. Die formula incerta: quidquid dare facere oportet, theilt zwar den relativen Charakter der materiellen Novationsstipulation, aber es fehlt ihr der selbstständige obligatorische Inhalt. Umgekehrt gab die Formel rem aliquam dari eine neue Obligation von abstracter

Geltung, aber ohne Bezugnahme auf den Inhalt der früheren Schuld als solcher. Daher ist z. B. die stipulatio Aquiliana im Sinne des Justinianischen Rechts keine Novation mehr. Sie ist nur noch eine seit Jahrhunderten als Antiquität conservirte Cautel, welche höchstens als herkömmlicher feierlicher Ausdruck für eine generelle Liberation Werth hatte. Nur in diesem Sinne haben wir ihre Aufnahme in die Justinianischen Institutionen zu deuten. — Ebenso vollständig antiquirt ist das Erforderniß einer stipulatio utilis im älteren formellen Sinne, mit allem sich daran anknüpfenden Detail aus der Stipulationslehre (§§. 26. 27.).

Die Novation hat demgemäß den Charakter eines formellen Tilgungsacts vollständig verloren. Eine Novation donandi animo oder dotis causa giebt es nicht mehr. Noch weniger kann die Novation eine dem Willen des Gläubigers widersprechende Schuldtilgung, eine Consumtion ohne Satisfaction zu Wege bringen. Sie enthält jetzt immer zugleich eine wirkliche Befriedigung des Gläubigers und zwar eine solche, welche nicht auf seinem Willen allein beruht, sondern ihm auch in der Agnition ein dem aufgegebenen gleiches Recht verschafft, und insofern, wie bemerkt, der Zahlung angenähert ist. — Novation zerstört daher nach Justinianischem Rechte selbstverständlich auch die naturalis obligatio.

Damit sind auch in Bezug auf den Umfang des liberatorischen Erfolges alle diejenigen Wirkungen fortgefallen, welche auf dem Consumtionsprincipe beruhten. Die Abhängigkeit des Tilgungseffectes von dem Umfange der consumirten Klage ist für das neuere Institut nicht mehr maßgebend. Aber auch der entgegenstehende Grundsatz der l. 4. §. 1. de usuris (22,1): Quod non transfertur in causam novationis, jure pristino peti potest (vergl. S. 233) ist nicht mehr genau die Grundlage des Justinianischen Rechts. Dieser setzt in anderem Sinne wie die Consumtion eine der Stipulation immanente, absorbirende Wirkung voraus. Für das schließliche Resultat ist auch diese Voraussetzung fortgefallen. Der Umfang der Liberation richtet sich nun ausschließlich nach dem Willen der Partheien, nach dem Inhalt des liberatorischen Vertrages. Er braucht nicht mehr nothwendig mit dem Umfange der Agnition zu coincidiren. Nur kann man in einem solchen Falle allerdings sagen, daß die Liberation, soweit sie über die Agnition hinausgeht, aufhört Novation zu sein. Sie geht dann in Schenkung, Vergleich, oder was es sonst sei, über.

Nur in Bezug auf Zinsen ist etwas der Consumtion Aehnliches stehen geblieben; daß nämlich usurae legales und usurae ex pacto adjecto bei bonae fidei Contracten nach erfolgter Novation der Hauptschuld nicht gefordert oder vorbehalten werden können. Der Grundsatz, daß diese Zinsen nicht Gegenstand einer selbstständigen Klage werden

können, ist ein Rest des Consumtionsprincips, welcher ja bekanntlich ebenso im Falle der Zahlung und auch der res judicata Platz greift. Daß der Zinsenlauf für die Zukunft auch bei stipulirten Zinsen aufhört, folgt dagegen aus der accessorischen Natur der Zinsobligation überhaupt.

Correalverhältnisse stehen im Justinianischen Rechte in Bezug auf die Wirkung der Novation auf ganz gleicher Linie mit bloß solidarischen Verbindlichkeiten. Schon in c. 4. de fidejussoribus (8,41) sind Fidejussoren und Mandatoren in dieser Beziehung ohne Unterschied neben einander erwähnt. In beiden Fällen hat die Befriedigung (satisfactio) auch für die Mitberechtigten oder Mitverpflichteten den Untergang der Obligation zur Folge.

In Bezug auf das Pfandrecht, dessen Erlöschen schon im alten Recht nicht der Consumtions-, sondern der Satisfactionswirkung angehörte, ist dagegen der Rechtszustand unverändert geblieben. Die Agnition hat zwar die processualische, aber nicht die materielle Sicherheit des novirenden Gläubigers gesteigert. Darum gilt auch jetzt die Novation nicht für reelle Zahlung, sondern nur für satisfactio, und es bleibt die Fortdauer eines für die ältere Schuld bestellten Pfandrechts durch besonderen Vorbehalt möglich. Ich kann in dieser Beziehung auf das in §. 35. Gesagte verweisen.

Ich habe im vorigen Kapitel die Untersuchung über die liberatorische Seite der Novation mit dem Satze abgeschlossen: Die Novation besteht im Justinianischen Recht aus zwei von einander unabhängigen Bestandtheilen, einem obligatorischen Vertrage in der Form der Stipulation, und einem liberatorischen an keine Form gebundenen. Dieser Satz kann jetzt — wiederum unter dem Vorbehalt der Beschränkung auf die Novation unter denselben Partheien — noch näher specialisirt werden. Die Novation besteht aus zwei Verträgen: Agnition und Liberation. Beide Elemente sind in ihr zu einem Ganzen verschmolzen; sie stehen in innerer Beziehung, in wechselseitigem Causalzusammenhange. Der eine Vertrag wird mit dem anderen und um des anderen willen geschlossen. Auf der anderen Seite aber kann der eine auch ohne den anderen bestehen, und zwar ohne etwas von seiner wesentlichen Eigenthümlichkeit einzubüßen. Eine Schuld konnte agnoscirt werden, ohne daß sie durch eine gleichzeitige Liberation aufgehoben wurde. Sie konnte neben der neuen Obligation fortbestehen, bis die eine oder die andere durch wirkliche Erfüllung zerstört wurde. Eine solche accessorische Agnition konnte, wie wir gesehen haben, ausgeführt werden durch Stipulation und durch Constitut. Umgekehrt konnte selbstverständlich Liberation von einer Schuld ertheilt werden, ohne daß dieselbe gleichzeitig agnoscirt wurde; sei es in der Form der Acceptilation, wenn eine Verbalobligation vorlag, sei es durch das allgemein anwend-

bare pactum de non petendo. Der ſachliche Erfolg der Novation konnte ebenſogut durch zwei vollſtändig von einander getrennte ſelbſt ungleichzeitige Verträge dieſer Art erreicht werden. Stipulation und Conſtitutum einerſeits, Acceptilation und Pactum andererſeits konnten zu einem ſolchen Zweck beliebig mit einander combinirt werden. Den Namen der Novation führte nur die Verſchmelzung einer Stipulation mit einer formloſen Liberation. Es war eigentlich nur noch eine hiſtoriſche Eigenthümlichkeit, wodurch ſich dieſer Fall vor den übrigen auszeichnete. Der liberatoriſche Vertrag wurde hier auch in ſeiner Formloſigkeit nicht als ein bloßes pactum de non petendo aufgefaßt, ſondern er erhielt durch die Anlehnung an die Stipulation die Kraft eines civilrechtlichen modus tollendi obligationem, ſo daß die frühere Obligation nicht bloß per exceptionem, ſondern ipso jure zerſtört wurde — ein Unterſchied, der freilich auch ſeine praktiſche Bedeutung längſt verloren hatte. Das war der ganze Reſt, der von der Novation des alten jus civile übrig geblieben war.

Dritte Abtheilung.

Die Succession in obligatorische Rechte und Verpflichtungen.

Erstes Kapitel.

Der ältere Rechtszustand im Allgemeinen.

---

§. 54. Die Novation mit Personenwechsel im alten Recht. Eigenthümlichkeit der Formel rem dari.

Das Bild, welches ich in der vorigen Abtheilung von der Entwickelungsgeschichte der Novation entworfen habe, war zunächst nur für den Fall berechnet, in welchem zwischen denselben Personen, welche einander in der aufgehobenen Obligation gegenüberstanden, auch die neue contrahirt wird. Bekanntlich war eine Novation auch dann möglich, wenn die Partheien des neuen Schuldverhältnisses von denen des alten verschieden sind, sei es, daß an Stelle des alten Gläubigers ein neuer Stipulant, sei es, daß für den alten Schuldner ein neuer Promittent eintrat. Diese Fälle der Novation mit Personenwechsel sind von den Schicksalen des Instituts im Allgemeinen nicht überall gleichmäßig betroffen worden, sondern haben mehr oder weniger ihre eigene abweichende Geschichte gehabt, welche uns jetzt beschäftigen soll. Wir müssen hierbei zunächst auf den älteren Rechtszustand zurückgehen, in welchem allein sie dem Hauptinstitut vollständig untergeordnete Glieder bildeten, und denselben Gesetzen folgten.

In dem formellen Tilgungsacte des jus civile, wie er noch zur Zeit des Gajus in voller Reinheit bestand, fiel, wie wir gesehen haben, dem obligatorischen Elemente eine durchaus nebensächliche Rolle zu. Eine materiell wirksame Verpflichtung des Promittenten war gar keine wesentliche Bedingung der Novationsstipulation. Aus demselben Gesichtspunkte konnten auch die Personen, zwischen denen die neue Obligation contrahirt wurde, als etwas für den Haupterfolg — Untergang der früheren

Obligation — Gleichgültiges betrachtet werden. Dieſer Haupterfolg beruhte auf der Form der Novationsſtipulation; und die mit conſumirender Kraft ausgeſtatteten Novationsformeln ließen eine unveränderte Conſtruction zu, auch wenn ein Dritter ſich dabei betheiligte. Häufig genug müſſen wir uns daher ſolche Fälle denken, in denen ein Dritter lediglich zu dem Zwecke dazwiſchengeſchoben wurde, um gewiſſe Schwierigkeiten, welche der directen Liberation des Hauptſchuldners entgegenſtanden, zu umgehen. Ich erinnere zum Beweiſe deſſen nur an die S. 150 näher betrachtete l. 91. de solutionibus (46,3) und an die ebenfalls bereits erwähnte

> l. 13. §. 10. de acceptilatione (46,4). — Nam et in absentium persona *hoc remedio uti solemus;* stipulamur ab aliquo id novandi causa, quod nobis absens debet, et ita accepto liberamus eum, a quo stipulati sumus. Ita fit, ut absens novatione, praesens acceptilatione liberetur.

Jedoch muß hier ſogleich ein Umſtand hervorgehoben werden. Die ausſchließliche Abhängigkeit der Novationswirkung von der Form erſtreckt ſich nur auf den Fall, wo der Dritte als Schuldner, nicht auf den, wo er als Gläubiger eintrat. In dem letzteren Falle ging vielmehr die frühere Obligation nur dann unter, wenn die Novationsſtipulation mit dem Willen des früheren Gläubigers vor ſich ging.

> l. 8. §. 5. i. f. h. t. Non tamen si quis stipuletur, quod mihi debetur, aufert mihi actionem, *nisi ex voluntate mea stipuletur.*

Dieſer die Novationsſtipulation begleitende materielle Conſens des Gläubigers unterſcheidet dieſen Fall nicht nur von der Novation durch Eintritt eines neuen Schuldners, ſondern auch von der Novation unter denſelben Partheien, und giebt ihm innerhalb des ganzen Inſtituts eine Sonderſtellung von weſentlich eingreifender Bedeutung. Die eigenthümliche Natur dieſes materiellen Conſenſes, und die ſich daraus ergebenden Conſequenzen werden ſpäter beſonders unterſucht werden.

Für jetzt iſt die gemeinſchaftliche Grundlage beider Novationsfälle mit Perſonenwechſel noch in anderer Richtung zu verfolgen. Es ergiebt ſich aus dem bisher Geſagten, daß die Novationsſtipulation nicht nothwendig eine materielle Leiſtung des Promittenten in ſich ſchloß. Dieſer Geſichtspunkt ſetzt uns in Stand, das Verhältniß derſelben zur Delegation klar zu machen. Nach der erſchöpfenden Darſtellung des Weſens beider Inſtitute, die ich in den beiden erſten Abtheilungen gegeben habe, bedarf es keines neuen Beweiſes, daß die charakteriſtiſchen Elemente derſelben gar nichts mit einander gemein haben. Die Eigenthümlichkeit der Delegation beruht auf dem die Stipulation vorbereitenden Rechtsgeſchäft: dem jussus promittendi; die der Novation auf der beſonderen Con-

struction des Vollzugsacts. Nur wenn die Bedingungen Beider gleichzeitig erfüllt werden, tritt eine Berührung zwischen ihnen ein. Die Delegationsstipulation hat überall den Werth einer materiellen Leistung von Promittent zu Stipulant, über welche durch den Deckungs- und Valutavertrag in doppelter Richtung disponirt wird. Diese Leistung kann unter Anderem auch so specialisirt werden, daß sie die besonderen Eigenschaften einer Novationsstipulation annimmt; nur dann geht die Wirkung der Delegation in Novation über. Umgekehrt geht die Novationsstipulation überall auf eine formelle Schuldtilgung aus. Diese kann sich unter Anderem auch zu einer Leistung jussu alicujus gestalten; nur in diesem Falle wird sie zugleich Object einer Delegation. In beiden Fällen ist das Zusammentreffen ein rein Zufälliges.

Unter den Novationsformeln des älteren Rechts — bei welchen wir fürerst stehen bleiben — bestand jedoch in dieser Beziehung ein wesentlicher Unterschied zwischen der formula incerta: quidquid dare facere oportet und der formula certa: rem aliquam dari. Während bei jener die neue Obligation in voller Abhängigkeit von der früheren blieb, lieferte diese ein selbstständiges von dem Bestande der alten Schuld nicht afficirtes Obligationsfundament, und nahm deshalb einen zahlungsähnlichen Charakter an. Ich habe diese besonderen Eigenschaften der Stipulation rem aliquam dari bei der Behandlung der obligatorischen Wirkung der Novationsstipulationen S. 275 näher dargelegt. Sie wiederholten sich natürlich auch bei ihrer Verwendung mit einem neuen Contrahenten, und näherten sie in diesem Falle der reinen Delegation. Namentlich bei dem Eintritt eines Dritten als Stipulanten, wo die Novationswirkung mit auf dem Consense des früheren Gläubigers beruhte, erscheint dieselbe naturgemäß als eine für Rechnung desselben gemachte Leistung, so daß dem Gläubiger zugleich die Stellung eines Deleganten zufällt.

Wir haben die Hauptstelle, welche die in Rede stehende Stipulation rem aliquam dari behandelt, l. 31. h. t. bereits früher kennen gelernt. In §. 1. derselben — wo zugleich die besondere Voraussetzung eines activen Correalverhältnisses zu Grunde liegt — heißt es zunächst:

> Si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero potest, — eo magis, quum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus.

Hier handelt es sich um den Eintritt eines Dritten als Promittent, der allerdings ebensogut freiwilliger Expromissor wie Delegat des früheren Schuldners sein kann, wenngleich auch hier der zahlungsähnliche Charakter der Stipulation besonders hervorgehoben wird. Dagegen geht in den folgenden Beispielen, wo ein Dritter stipulirt, die Novation wirklich in Delegation über:

si unus *delegaverit* creditori suo communem debitorem isque ab eo stipulatus fuerit, aut mulier fundum *jusserit* doti *promittere* viro.

Dieser Fall kann also geradezu als eine Abart der reinen Delegation aufgefaßt werden, welcher mit ihr die eine Haupteigenschaft theilt, daß die Einreden aus dem Deckungsverhältniß ausgeschlossen sind. Dagegen modificirt sich dabei die Natur der Rückwirkung, welche die Delegationsstipulation auf eben dieses Deckungsverhältniß ausübt. So wie die Delegation nicht mehr certa pecunia, sondern certa res zum Gegenstande hat, kann selbstverständlich nicht mehr von einer dem baaren Gelde gleichstehenden Geltung der Stipulation die Rede sein. Sofern aber zugleich der Delegat gegenüber dem Deleganten, oder dieser gegenüber dem Delegatar Schuldner derselben certa res war, trat durch die Stipulation vermöge civilistischer Nothwendigkeit eine der solutio ähnliche Wirkung durch Novation ein. Der wesentliche Unterschied zeigt sich unter Anderem auch darin, daß hier nicht wie bei der reinen Delegation ein den Delegatar treffendes periculum nominis vorkommen kann. Wo hier von einer Gefahr gesprochen wird, besteht sie nämlich nicht in der Insolvenz des Delegaten, sondern in dem Untergange der geschuldeten Sache, und diese ist nach ganz anderen Grundsätzen zu beurtheilen.

l. 56. pr. de jure dotium (23,3). Si is qui Stichum mulieri debet, in dotem delegatus sit, et ante quam solveret debitor Stichus decesserit, quum neque per debitorem steterit quominus solveret, neque maritus in agendo moram fecisset, *periculo mulieris Stichus moritur*, quanquam[1]) etiamsi moram maritus fecerit in exigendo, si tamen etiam apud maritum moriturus Stichus fuerit, actione dotis maritus non teneatur.

Der hier besprochene Fall ist eine genaue Wiederholung des dritten Beispiels der l. 31. §. 1. h. t. si mulier fundum jusserit doti promittere viro, weshalb nicht bezweifelt werden kann, daß auch hier die Befreiung des Schuldners auf eine Novation zurückzuführen ist.

Diese Eigenthümlichkeit der auf certa res gerichteten Delegationsstipulation eröffnet zugleich das richtige Verständniß für eine Stelle, deren Betrachtung ich bisher verschoben habe, nämlich:

l. 5. h. t. Si ususfructus debitorem meum delegavero tibi, *non novatur obligatio mea*, quamvis exceptione doli vel in factum tutus debeat esse adversus me is qui delegatus fuerit.

Es ist hier nicht von der Uebertragung eines als dingliches Recht be-

1) Der Zusammenhang scheint mir hier anstatt des handschriftlichen quanquam die Lesart quoniam zu erfordern.

ſtellten Nießbrauchs die Rede, ſondern von einer obligatoriſchen Verpflichtung auf uti frui licere, welche dem Deleganten gegenüber aufgehoben und dem Delegatar gegenüber neu übernommen wird, ſo daß der ususfructus des Letzteren ein von dem urſprünglichen verſchiedener iſt, wie ſich aus dem Fortgange der Stelle deutlich ergiebt. Für dieſen Fall nun entſcheidet der Juriſt: non novatur obligatio mea, die frühere Obligation geht nicht ipso jure unter, ſondern nur per exceptionem. Dieſe Entſcheidung iſt ſehr begreiflich, weil die neue Obligation gar nicht daſſelbe Object hat, wie die alte. Sie erweckt aber zugleich den Schein, als ob dem Ausnahmefall die allgemeine Regel gegenüberſtände, daß der Delegat von ſeiner Schuld gegen den Deleganten immer durch Novation frei wurde. Dies argumentum e contrario iſt aber völlig trügeriſch; wir haben es vielmehr nur mit einer Ausnahme von der Ausnahme zu thun. Ulpian denkt als Gegenſatz des uti frui aliqua re nur das dare *aliquam rem*, alſo gerade den Specialfall der Delegation, von welchem wir geſprochen haben. Seine Entſcheidung iſt ſogar wahrſcheinlich überhaupt nur durch den Zweifel veranlaßt, ob nicht auch ein ususfructus als Gegenſtand der Stipulation einer certa res gleich zu achten ſei. Daß ein ſolcher Zweifel unter den römiſchen Juriſten wirklich beſtanden hat, ergiebt ſich aus den Schlußworten einer anderen Stelle von Ulpian:

> l. 75. §. 3. de V. O. (45,1). Fundi certi si quis usumfructum stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deduxisse; *hoc enim magis jure utimur.*

Die formula certa: rem aliquam dari hat in dieſer eigenthümlichen Sonderſtellung ein ausſchließlich hiſtoriſches Intereſſe. Dagegen knüpft ſich die weitere Fortentwickelung viel bedeutſamer an die zweite unter den Novationsformeln des alten Rechts, die formula incerta: quidquid dare facere oportet. Dieſe ſoll uns im Folgenden ausſchließlich beſchäftigen; ſie allein führt uns auf das Gebiet, welchem dieſe Abtheilung der Unterſuchung gewidmet iſt, das der Succeſſion. Der beſondere Geſichtspunkt, unter welchen dieſelbe dadurch gebracht wird, erfordert einige vorgängige allgemeine Betrachtungen.

§. 55. Der Begriff der Succeſſion. Anwendung deſſelben auf obligatoriſche Rechte und Verpflichtungen. Die Succeſſionsformen des älteren Rechts.

Seit Mühlenbruch iſt es herrſchende Vorſtellung geworden, daß eine Singularſucceſſion in ein obligatoriſches Recht oder eine obligatoriſche Verpflichtung mit dem Weſen und der Natur der Obligation

unvereinbar sei. Man ist damit zu der Auffassung der Glossatoren zurückgekehrt, welche in drastischer Ausdrucksweise sagten:

> Nomina sive actiones non possunt separari a domino, sicut nec anima a corpore. gl. *in nominibus* ad l. 16. de peculio (15,1), oder
>
> Jura et actiones magis sunt ossibus obligantis infixa. gl. *nulla* ad c. 1. per quas personas (4,27).

Die Koryphäen der deutschen Rechtswissenschaft, wenigstens unter den Romanisten, haben sich mehr oder minder entschieden zu diesem Dogma bekannt. Ich nenne außer Mühlenbruch (Cession der Forderungsrechte §§. 3. 4.) nur:

> Savigny[1]) System Bd. III. S. 15.
>
> Puchta Institutionen Bd. III. §. 267. und Weiskes Rechtslexikon s. v. Cession Bd. II. S. 636 folg.
>
> Vangerow Pandekten Bd. III. §. 574. Anm. I.

Von anderer Seite ist dem Principe in dieser Allgemeinheit allerdings lebhafter Widerspruch entgegengesetzt worden, am bedeutendsten ziemlich gleichzeitig von Brinz (Kritische Blätter von 1852 num. 3. S. 34 vergl. jetzt auch Pandekten §. 130.) und Delbrück (Die Uebernahme fremder Schulden. 1853. Einleitung), demnächst auch Windscheid (Die Singularsuccession in Obligationen, eine Recension des Delbrückschen Buches in der Kritischen Ueberschau von 1853 Bd. I. S. 27 folg.). Nachdem sodann Kuntze in einem eigenen Werke (Die Obligation und Singularsuccession. 1856. Besonders erster Abschnitt §§. 1—20.) mit besonderem Eifer die Vertheidigung der angefochtenen Thesis übernommen hatte, hat wiederum Windscheid in seiner neueren Schrift (Die Actio des römischen Civilrechts. 1856. §§. 16—18.) den Ausführungen Kuntze's eine eingehende Widerlegung gewidmet, mit welcher der Principienstreit in der Hauptsache als erledigt gelten kann.[2]) Die Praxis hat ohnehin wenig Notiz davon genommen. Sie war seit Jahrhunderten gewohnt, die Uebertragbarkeit der Forderungsrechte als einen unangefochtenen Satz des geltenden Rechts zu handhaben. In dem sicheren Bewußtsein der Wirklichkeit eines solchen Rechtszustandes hat sie sich durch eine Theorie nicht stören lassen, welche die Möglichkeit desselben wegdemonstriren wollte. Sie konnte sich dabei um so eher beruhigen, als die Anhänger jener Lehre in demselben Athem zu versichern pflegten, daß das Bedürfniß des

1) In Bezug auf Savigny verdient jedoch hervorgehoben zu werden, daß er die Frage nur gelegentlich berührt hat. Nach seiner meisterhaften Erläuterung des Successionsbegriffes im Allgemeinen läßt sich kaum annehmen, daß er hier, wie überall wo er von der Cessionslehre spricht, auf dem Standpunkte Mühlenbruchs stehen geblieben sein würde, wenn er dazu gelangt wäre, sich mit der Materie ex professo zu beschäftigen.

2) Die ausführliche Replik von Kuntze (Inhaberpapiere §§. 54 folg. 1857) hat seinen früheren Argumenten nichts wesentlich Neues hinzugefügt.

Lebens etwas dem Unmöglichen Aehnliches erfordere, und durch allerhand künſtliche Surrogate befriedigt werden müſſe.

> Denn es iſt eine falſche Vorſtellung, daß die Bedürfniſſe des Verkehrs in einem wirklichen Widerſpruch ſtehen könnten mit der Rechtstheorie, dem man durch Fictionen und dergleichen abhelfen müſſe. Wo ein ſolcher Conflict zu beſtehen ſcheint, liegt die Schuld nicht am Verkehr, ſondern an der Theorie, die das ihr überwieſene Problem nicht zu löſen vermag (Delbrück a. a. O. S. 7).

Succeſſion, Nachfolge, Eintritt einer Perſon in das Recht einer andern, iſt urſprünglich ein bildlicher Ausdruck, von der Vorſtellung der Bewegung hergenommen; ebenſo wie in umgekehrtem Sinne: Uebergang oder Uebertragung eines Rechts von einer Perſon auf die andere. Hier werden die Perſonen als feſtſtehend, das Recht als etwas Wanderndes, dort vielmehr das Recht als ruhend, die Perſon als beweglich gedacht. Beides ſind gleich berechtigte Formeln für dieſelbe Sache. Das Weſentliche des Vorganges, der damit wiedergegeben werden ſoll, iſt die Verknüpfung eines ungeänderten Rechts mit wechſelnden Perſonen in zeitlicher Aufeinanderfolge.

An und für ſich iſt jedes Recht (im ſubjectiven Sinne) nur Attribut einer beſtimmten Perſon; ohne die Perſon, der es ausſchließlich angehört, iſt es gar nicht denkbar. Im buchſtäblichen Sinne kann daher ein Recht des A. niemals zu einem Rechte des B. werden. Die Meinung iſt immer die, daß das Recht des Einen untergehen, das des Anderen entſtehen, daß der Eine ſein Recht verlieren, der Andere das ſeinige erwerben ſoll. Uebereinſtimmung, Continuität wird nur in dem Inhalte des Rechts vorausgeſetzt. Erwerb und Verluſt ſollen nicht nur gleichzeitig vor ſich gehen, ſondern in ſo untrennbarer Beziehung zu einander ſtehen, daß das neu entſtehende Recht auf das untergehende gegründet, von ihm abgeleitet, alſo auch durch daſſelbe bedingt und von ihm abhängig gemacht wird. Dieſes Verhältniß berechtigt uns, das neue Recht als eine Wiederholung oder Fortſetzung des alten zu behandeln, und des Wechſels der Perſon ungeachtet von einer Identität beider zu ſprechen.[3])

3) Ich wiederhole hier faſt wörtlich, was Savigny (a. a. O. S. 10) über den Begriff der Succeſſion ſagt. Man ſollte es danach faſt für überflüſſig halten, vor einem Mißverſtändniſſe der Identität zwiſchen dem Rechte des auctor und des successor zu warnen. Dennoch kommen gerade darauf die Hauptargumente für die Unübertragbarkeit der Obligation hinaus. Man vergleiche z. B. was Pucha ſagt (Rechtslexikon Bd. II. S. 637):

> Die Obligatio iſt mit der Perſon des Gläubigers und des Schuldners ſo verbunden, daß dieſer Gläubiger, dieſer Schuldner nicht aufhören kann es zu ſein, ohne daß die Obligatio ſelbſt zerſtört wird. — Nicht wie wir Eigenthum für ſich an einen Andern übertragen können, ſo daß er ganz daſſelbe Recht hat, welches wir bisher hatten, können wir auch unſere Eigenſchaft als Gläubiger oder Schuldner, alſo eine Obligatio für ſich auf einen Andern übertragen, es findet keine Singularſucceſſion in Obligationen ſtatt.

Uebertragbar ſind hiernach alle diejenigen Rechte, deren Inhalt in dem neuen, abgeleiteten Rechte eines Anderen reproducirt werden kann. Unübertragbar ſind diejenigen, die auch ihrem Inhalte nach von der Perſon des Berechtigten abhängig ſind, ſo daß das neue Recht dem urſprünglichen nicht gleich gemacht werden kann. In jene Kategorie gehören im Allgemeinen die Vermögensrechte, in dieſe die Familienrechte. Das Vermögen als rechtliche Herrſchaft der Perſon über etwas außer ihr Liegendes iſt das bewegliche, von der Perſon trennbare Element, dem der Succeſſionsbegriff vor Allem ſeine Entſtehung verdankt. Sobald der menſchliche Verkehr das Stadium ſeiner Kindheit überſchritten hat, iſt Uebertragung, Veräußerung des Vermögens faſt bedeutſamer, als der eigene Gebrauch und Genuß. Es giebt ja Vermögensſtücke — vor Allem das Geld — welche nur in dieſer Uebertragbarkeit überhaupt einen Werth haben. Auf der anderen Seite überdauert das Vermögen die Perſon des Berechtigten in ihrer phyſiſchen Exiſtenz, und kann als eine Geſammtheit Gegenſtand neuen Erwerbes werden. Auf dieſen natürlichen Grundlagen entwickelt ſich eine Succeſſion in doppelter Geſtalt: Uebertragung eines einzelnen Rechts aus der Vermögensſphäre des Einen in die des Andern — Singularſucceſſion, und Uebergang des ganzen in einer Perſon vereinigt geweſenen Vermögens auf eine neue — Univerſalſucceſſion.

Die Bedingungen der Uebertragbarkeit eines Rechts ſind der Natur der Sache nach beiden Gattungen der Succeſſion gemeinſam. Quod est transmissibile, est cessibile und umgekehrt. Wo Abweichungen von dieſer natürlichen Regel vorkommen, ſind es Specialitäten des poſitiven Rechts. Es giebt auch unter den Vermögensrechten ſolche, die aus inneren Gründen, vermöge ihres beſonderen Inhalts, an die Perſon des urſprünglich Berechtigten geknüpft bleiben, z. B. der Nießbrauch und die übrigen Perſonalſervituten. Dieſe können dann weder vererbt, noch veräußert werden. Abgeſehen von dergleichen exceptionellen Beſonderheiten iſt der Inhalt eines obligatoriſchen Rechts ebenſo unperſönlich wie der des Eigenthums, d. h. er kann unter anderen Perſonen in abgeleiteter Form reproducirt werden. Wir pflegen als Object der Obligation eine Handlung zu bezeichnen; dieſe kann allerdings nur von einer Perſon geleiſtet und angenommen werden. Aber dieſe Leiſtung und

Der Gegenſatz, in welchen hier Eigenthum und Obligation geſtellt ſind, hat keine logiſche Grundlage. Das Eigenthum des auctor für ſich wird ebenſo zerſtört, wie ſeine Forderung. Das Recht des successor iſt nicht das Original ſelbſt, ſondern nur eine gleichwerthige Nachbildung, und dieſe iſt wiederum bei einer Obligation ebenſo ausführbar wie beim Eigenthum. — Uebrigens iſt es ein Verdienſt Kuntzes, dieſen Punkt auch ſeinen Vorgängern gegenüber gebührend hervorgehoben zu haben. Es iſt nichts dagegen zu erinnern, wenn er den verfänglichen Ausdruck Identität durch Continuität erſetzt wiſſen will (Inhaberpapiere S. 235).

Annahme, das Geben und Empfangen, macht auch nicht den Inhalt der Obligation aus, sondern vielmehr gerade die Lösung (solutio) des obligatorischen Bandes, durch welche das Recht zerstört, die Verpflichtung aufgehoben wird. *Tollitur* obligatio solutione ejus quod debetur. Die Obligation selbst besteht in der dauernden Gebundenheit des einen Theiles zu Gunsten des anderen; als solche bildet sie ein Vermögensstück, eine Sache, wenn auch eine unkörperliche. Von der körperlichen Sache unterscheidet sie sich allerdings dadurch, daß sie ihrem Begriffe nach zum Untergange durch Erfüllung bestimmt ist. Aber dieser Gegensatz ist, praktisch genommen, nur ein relativer. Die Erfüllung ist ebensowenig der einzige Gebrauch, der von einem obligatorischen Vermögensstück gemacht werden kann, wie es die Verzehrung bei einer körperlichen Sache ist. Auch die Obligation kann ja, durch den Zinsvertrag, sogar zu einer fruchttragenden Sache gemacht werden.[4])

Vermöge ihrer doppelten persönlichen Beziehung afficirt die Obligation das Vermögen sowohl des Gläubigers als des Schuldners; jenes vermehrt, dieses vermindert sie; dort erscheint sie als ein Activum, hier als ein Passivum. Die eine Seite ist an sich so übertragbar, wie die andere, es kann daher hier eine doppelte Succession eintreten, in der Person des Gläubigers und des Schuldners.

Auch hierin stehen Singular- und Universalsuccession einander völlig gleich. Nur darin unterscheiden sie sich, daß jene zu ihrer Verwirklichung einer der besonderen Natur des zu übertragenden Einzelrechts angepaßten Form bedarf, während bei dieser die Eigenthümlichkeiten der einzelnen Vermögensstücke in dem idealen Ganzen verschwinden. Für die Singularsuccession giebt es so viel verschiedene Formen, als die verschiedene Beschaffenheit der übertragbaren Rechte erfordert. Diese Formen der Uebertragung, die Handhaben, welche dem Verkehr für die Befriedigung seiner Bedürfnisse geboten werden, sind das Product besonderer Entwickelung in jedem positiven Rechtssystem. Sie sind dem Entstehen und Vergehen, der Ausbildung, Umwandelung und Vervollkommnung unterworfen. Mit ihnen kehren wir auf den historischen Boden der Untersuchung zurück.

4) Alle diese Sätze gelten ebensogut für das römische, wie für das deutsche Recht. Einen durchgreifenden Gegensatz beider in Bezug auf den Begriff der Obligation, wie ihn z. B. Delbrück a. a. O. S. 3 folg. nachzuweisen sucht, kann ich nicht anerkennen. Im Einzelnen bestehen allerdings zwischen beiden Rechtssystemen Verschiedenheiten genug, die ich hier nicht aufzuzählen brauche. Nur eine charakteristische Eigenthümlichkeit der modernen Rechtsentwickelung mag hier noch hervorgehoben werden, weil unsere Germanisten bei ihrer stiefmütterlichen Behandlung des Obligationenrechts sie bisher nicht einmal der Erwähnung werth gefunden haben. Ich meine das den Römern völlig fremde Institut der kündbaren Obligationen. Diese sind durch ein künstliches Hülfsmittel nicht nur thatsächlich, sondern grundsätzlich dauernde Vermögensstücke geworden, welche erst durch ein besonderes Rechtsgeschäft wieder lösbar, zerstörbar gemacht werden.

Die Singularſucceſſion hat in den meiſten Fällen die Natur eines Vertrages zwiſchen dem auctor und dem successor, und erfordert daher zunächſt die Willensübereinſtimmung dieſer beiden Perſonen. Es iſt denkbar, daß unter Umſtänden dieſem Conſenſe allein die volle Wirkung des Vermögensüberganges beigelegt iſt. Gerade für die Uebertragung obligatoriſcher Rechte (die Activſucceſſion in Obligationen) iſt dies das ſchließliche Reſultat unſerer Rechtsentwickelung geworden. Dies iſt aber nur ein beſonderer Fall; eine allgemeine Betrachtung des Gegenſtandes muß alle Arten von Succeſſionsformen, namentlich auch diejenigen umfaſſen, die auf der Mitwirkung dritter Perſonen beruhen. Die Succeſſion ſoll ihre Wirkung nicht unter den Contrahenten allein, ſondern auch Andern gegenüber äußern — bei den dinglichen Rechten ganz allgemein, bei den perſönlichen wenigſtens gegen den einzelnen in dem Obligationsnexus verbleibenden Intereſſenten. Um dieſer nach außen hin zu erzielenden Wirkung willen muß ſich der Conſens der Partheien in der Regel auch in einer äußeren Succeſſionshandlung verkörpern.

Die Uebertragung des Eigenthums findet in dieſer Beziehung ihre natürliche Grundlage in der Uebertragung des Objects, in der Tradition der körperlichen Sache ſelbſt. Die Nachfolge in der thatſächlichen Herrſchaft, im Beſitz, liefert das nächſtliegende Subſtrat für die Succeſſion in das Recht. Gewöhnlich iſt bei der Behandlung unſeres Gegenſtandes in neuerer Zeit an dieſe Form des Eigenthumsüberganges ausſchließlich gedacht worden.[5]) Es darf aber nicht vergeſſen werden, daß ſie keineswegs die einzige, und zum Theil nicht einmal die urſprüngliche iſt. Das Eigenthumsrecht in ſeiner Beweglichkeit wird durch die körperliche Sache von Hauſe aus nur in ſo weit repräſentirt, als dieſe ſelbſt beweglich iſt. Wir ſprechen freilich jetzt ebenſo geläufig von der Uebergabe einer unbeweglichen Sache, ohne darin eine Metapher zu empfinden. Die unmittelbar ſinnliche Anſchauung des älteren Rechts fand aber Grund und Boden durchaus nicht ſo übertragbar, wie etwa ein Geldſtück. Deshalb gab es bei allen Nationen neben der Tradition künſtliche Succeſſionsformen, die hauptſächlich für den Verkehr mit Grundeigenthum berechnet waren, ſo bei den Römern die mancipatio und in jure cessio, im deutſchen Recht die Verlaſſung und die ſich daran anſchließenden neueren Formen.

5) Nur aus einem derartig beſchränkten Geſichtspunkte konnte z. B. Kuntze dahin gelangen, die Uebertragung des Objects für die eigentliche civiliſtiſche Formel der Singularſucceſſion zu erklären, und daraus die Unmöglichkeit ihrer Ausdehnung auf Obligationen zu deduciren. Er verwechſelt geradezu Mittel und Zweck, wenn er z. B. S. 67 a. a. O. ſagt: Gegenſtand der Singularſucceſſion iſt nicht das Rechtsverhältniß, das Eigenthum ſelbſt, ſondern die Sache, das Object des Eigenthums; die Sache iſt es, welche übertragen wird, die Wirkung des Uebertragungsactes iſt die Ertheilung des Eigenthums an den Nachfolger u. ſ. w.

Die Obligationen entbehren eines ebenso natürlichen Substrats für eine äußere Successionshandlung. Die Verbindung eigenthümlich gearteter obligatorischer Rechte mit dem Besitz einer Urkunde, wie sie bei unseren Ordre- und Inhaberpapieren vorkommt, ermöglicht für diese besondere Gattung von Obligationen allerdings eine Uebertragung durch Tradition. Dies ist aber eben selbst nur eine künstliche Schöpfung des positiven Rechts.*) Im Allgemeinen ist der Verkehr mit Obligationen — so lange er nicht dahin gelangt, von einer den Consens der Partheien begleitenden Uebertragungshandlung überhaupt zu abstrahiren — auf künstliche Successionsformen ausschließlich angewiesen.

Dies war der Standpunkt des älteren römischen Rechts. Dort gab es, wie ich schon oben S. 126 angedeutet habe, zwei dergleichen künstliche Successionsformen: Novation und Litiscontestation, beide für die Activ- und Passivsuccession gleich verwendbar. Zwischen beiden bestand hier, wie ursprünglich auch in allen ihren anderen Functionen, ein vollständiger Parallelismus. Beides waren Solutions- und Obligationsacte zugleich; Erwerb und Verlust waren in einer einheitlichen Handlung combinirt. Einerseits wurde Recht und Verbindlichkeit zerstört; andererseits wurde ein neues Recht und eine neue Verbindlichkeit begründet. Die neue Obligation war an sich von der älteren verschieden; sie ruhte auf einem andern, in der Regel dem früheren nicht einmal gleichartigen Entstehungsgrunde. Gleichwohl war der Inhalt des neuen Rechts und der neuen Verbindlichkeit mit dem der früheren identisch — bei der Litiscontestation nothwendig und allgemein, bei der Novation facultativ, wenn sich die Partheien derjenigen Formel bedienten, von welcher wir jetzt allein sprechen. Beide Formen brachten also eine Verwandlung der Obligation zu Wege; aus dem dare oder dare facere oportere beliebigen Ursprungs wurde einmal ein neues dare oportere, das anderemal ein condemnari und später judicatum facere oportere. Aber diese Verwandlung betraf nur das Kleid, nicht die Substanz des Rechts; diese lebte vielmehr in der neuen Gestalt unverändert fort, und in diesem für den Successionsbegriff allein wesentlichen Sinne kann man also dennoch sehr wohl sagen, daß das Recht oder die Pflicht des

6) Auch verdient diese Art der Uebertragung nur im weiteren Sinne den Namen einer Succession. Der Nehmer kann hier unter Umständen mehr Recht erwerben als der Geber hatte; sein Erwerb ist kein unbedingt derivativer sondern zum Theil ein originärer, weil er seinen Entstehungsgrund hauptsächlich in der primitiven Verpflichtung des Schuldners hat, an eine erst künftig zu bestimmende Person zu zahlen. Die Ordre, oder Inhaberclausel ist gleichsam eine Stiftungsurkunde von Obligationen für Generationen späterer Gläubiger, und die Begebung der sogenannten successio ex pacto et providentia majorum vergleichbar. Am charakteristischsten zeigt sich dieser Unterschied beim Wechsel, weil dieser zugleich eine formell-obligatorische Wirkung hat. Deshalb braucht sich der Indossatar aus der Person seines Vormannes nur die aus dem Wechselrecht herrührenden Einreden gefallen zu lassen, nicht die aus der causa des Wechselvertrages.

successor mit der des auctor identisch war. — Theoretisch genommen, entsprachen hiernach Novation und Litiscontestation den Anforderungen der Succession vollkommen, in mancher Beziehung vollkommener als die spätere Cession. Ihre Mängel lagen in der Unbehülflichkeit für die Bedürfnisse des Verkehrs, welcher wenigstens für die Activsuccession eine von der Mitwirkung des Schuldners befreite Form verlangte. Solche Mitwirkung war aber bei beiden Formen des älteren Rechts wesentliches Requisit. Bei der Novation war sie zudem von dem guten Willen des Schuldners abhängig; bei der Litiscontestation war sie allerdings erzwingbar, aber sie mußte doch immer auf einem beschwerlichen Umwege, durch die obrigkeitliche Beihülfe des Prätors erreicht werden. Diese Umstände sind es, welche auf diesem besonderen Gebiete das Absterben der alten Formen, welches wir in allgemeinerem Sinne bereits verfolgt haben, erleichterten und beschleunigten, zugleich aber der zum Ersatze bestimmten neueren Rechtsbildung eine eigenthümliche Gestalt vorzeichneten.

Es ist eine durch nichts gerechtfertigte Engherzigkeit, wenn man diese Formen des älteren Rechts nicht als wirkliche Successionen, sondern nur als Surrogate einer solchen gelten lassen will. Diese Beschränkung des Begriffs ist vor Allem den römischen Juristen selbst völlig fremd. Wir besitzen aus der Litteratur des römischen Rechts überhaupt nur eine zusammenhängende Darstellung, welche der Lehre von der Singularsuccession und ihren Formen ex professo gewidmet ist. Das ist der Abschnitt aus dem zweiten Buche der Institutionen des Gajus von §. 18. bis §. 39. Der Jurist knüpft hier an den Gegensatz der res corporales und incorporales und an die Eintheilung der ersteren in res mancipi und nec mancipi an, um zunächst die verschiedenen Uebertragungsformen für körperliche Sachen, traditio, mancipatio und in jure cessio abzuhandeln (§§. 18.—27.). Sodann bespricht er die Anwendbarkeit derselben Formen auf unkörperliche Sachen (§§. 28. seqq.), nämlich: Servituten — wobei freilich nicht von wirklicher Succession, sondern von derivativem Erwerbe im Allgemeinen die Rede ist — (§§. 29.—33.), Erbschaft (§§. 34.—37.) und zuletzt Obligationen (§§. 38. 39.). In Bezug auf diese spricht er sich folgendermaßen aus:

> §. 38. Obligationes quoquo modo contractae nihil *eorum* recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, *nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur*, id efficere possum, *sed opus est*, ut jubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri, quae dicitur novatio obligationis. §. 39. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri.

Diese Stelle hat das sonderbare Schicksal gehabt, von den Vertheidigern der Unübertragbarkeit obligatorischer Rechte als Hauptautorität für sich in Anspruch genommen zu werden. Bis auf die Entdeckung des Gajus hatte man kein unmittelbares Quellenzeugniß aufzuweisen, welches dem hergebrachten Satze: obligatio personam non egreditur, zur directen Stütze hätte dienen können. Die neu erschlossene Quelle des älteren Rechts sollte dafür nun endlich die lange entbehrte Bestätigung aus dem eigenen Munde eines römischen Juristen liefern. Es gehört aber in der That nur der Entschluß einer vorurtheilsfreien Prüfung dazu, um sich von dieser Auffassung loszumachen. Was Gajus für unmöglich erklärt, ist doch offenbar nicht die Uebertragung selbst, sondern die Uebertragung in denjenigen Formen, welche für körperliche Sachen gelten. Die Obligationen haben ihre eigenen ganz anders beschaffenen Uebertragungsformen, nämlich eben Novation und Litiscontestation (agere alieno nomine); das ist der einfache Sinn seines Ausspruchs. Daß auf diesem Wege der beabsichtigte Zweck nicht vollständig erreicht würde, ist in der Stelle weder direct gesagt, noch giebt dieselbe irgend eine indirecte Veranlassung, ihrem Verfasser eine solche Meinung zuzuschreiben.

Ich komme damit zu der Frage nach der Singularsuccession in Obligationen in einem anderen Sinne zurück, als sie im Eingange dieses Paragraphen behandelt wurde. Dort war von ihrer begrifflichen Möglichkeit, hier ist von ihrer historischen Wirklichkeit innerhalb des römischen Rechts die Rede. Wenn diese nachgewiesen werden kann, verliert freilich der Zweifel an jener seine Basis. Nur weil die letztere von jeher geleugnet worden ist, konnte die Frage nach der ersteren überhaupt aufgeworfen werden. Jener Kampf um die Allgemeinheit und innere Nothwendigkeit des Unübertragbarkeitsprincipes hat gerade darum ein ungewöhnliches Maß von Leidenschaftlichkeit angenommen, weil es sich zugleich um die maßgebende Bedeutung des römischen Rechts zu handeln schien. Die Praktiker der früheren Jahrhunderte wagten ihren Dissens nur auf den usus modernus zu stützen. Mit viel tieferem historischen Sinne hat Delbrück eine selbstständige Entwickelung des deutschen Rechts gegenüber dem römischen behauptet, und einige der bedeutendsten Germanisten, namentlich Beseler und Bluntschli, sind ihm hierin gefolgt. Alle diese Schriftsteller kommen aber darin überein, daß sie die herrschende Lehre in Bezug auf das römische Recht völlig unangefochten gelassen haben. Die Stimmen, welche auch auf diesem Gebiete einen Umschwung der Meinungen angebahnt haben, sind bisher ziemlich vereinzelt. Es gehören dahin vor Allen Windscheid und Bähr (Zur Cessionslehre. Jahrbücher für die Dogmatik, Bd. I. S. 352 ff.). Beide haben allerdings im Eingange ihrer Untersuchungen die Unübertragbarkeit der Obligation als das ursprüngliche Princip des römischen Rechts noch aus-

drücklich anerkannt (Windscheid Actio S. 120. Bähr a. a. O. S. 353). Dieses Zugeständniß bezieht sich aber bei ihnen nur auf das ältere Recht; der späteren Entwickelung haben sie — wenngleich im Einzelnen nicht ohne erhebliche Abweichungen — eine Singularsuccession sowohl dem Begriffe als dem Resultate nach vindicirt. Soweit ist schon hier geradezu mit dem Principe gebrochen. Aber auch in der Auffassung des älteren römischen Rechts sind die genannten Schriftsteller — und sie nicht allein — soweit von der älteren Auffassung abgewichen, daß nur ein Schritt zu thun bleibt, um sich davon ganz loszusagen.

Wenn ich also jetzt geradezu die schon mehrfach anticipirte Behauptung wiederhole: die Römer hatten schon im älteren Recht eine Succession in obligatorische Rechte und Verbindlichkeiten, und zwar in doppelter Form, Novation und Litiscontestation, so glaube ich nicht mehr dem Vorwurfe einer unerhörten Ketzerei ausgesetzt zu sein. Ich mache für jetzt keinen weiteren Anspruch an meine Leser, als daß sie sich von dem unwillkührlichen Einflusse eines verjährten Vorurtheils befreien, und mit unbefangenem Sinne meinem Versuche einer neuen kritischen Erörterung folgen. Möge dann nur der Inhalt der Rechtsquellen über Grund oder Ungrund meiner Behauptung entscheiden.

§. 56. Die Novation als Successionsform.

Die herrschende Lehre hat gegen Novation und Litiscontestation als wirkliche Successionsformen Einwendungen ganz verschiedener Art zu erheben. Die Novation — sagt man — zerstört die alte Obligation, und liefert eine neue, von der alten ganz verschiedene; die Litiscontestation dagegen conservirt die alte Obligation, aber sie überträgt gar nicht das Recht, sondern nur dessen Ausübung, wer alieno nomine agit, macht nur ein fremdes Recht geltend.

Damit werden beide Formen unter ganz verschiedene Gesichtspunkte gebracht, und ihr natürlicher Zusammenhang zerrissen. Aber diese Einwürfe sind sogar zum Theil einander widersprechender Natur und heben sich gegenseitig auf. Die Novation zerstört die alte Obligation und begründet eine neue — das ist richtig, efficit ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. Aber das ist gerade eine wesentliche Bedingung der Succession. Wenn es wahr wäre, was die herrschende Lehre behauptet, daß der Cedent Gläubiger bleibt und der Cessionar kein eigenes Recht erwirbt, so würde die Cession eben darum keine Succession sein, weil die alte Obligation nicht zerstört, und keine neue begründet würde.

Es handelt sich aber bei der Frage allerdings nicht bloß um Verschiedenheiten in der Begriffsbestimmung, über die man sich, wenn man

nicht um Worte ſtreiten will, ſchließlich leicht verſtändigen könnte. Sondern es liegen auch Differenzen von erheblicher ſachlicher Bedeutung zu Grunde.

Bleiben wir zunächſt bei der Novation ſtehen, und hören den ferneren Einwurf: die neue Obligation iſt eine von der alten verſchiedene. Auch dies iſt zum Theil richtig, und zwar nicht bloß inſofern, als die Verſchiedenheit ſchon in dem Wechſel der Perſonen beſteht, denn damit wäre überhaupt nicht mehr geſagt, als was wir bereits in Betracht gezogen haben. Es beſtand auch eine Verſchiedenheit in dem Entſtehungsgrunde, in dem obligatoriſchen Fundament, und demzufolge in der Beſchaffenheit der aus der Obligation reſultirenden Klage. Die neue Obligation beruhte immer auf der Stipulation; der Entſtehungsgrund der alten war mit der Zerſtörung der Obligation ſelbſt unwirkſam geworden, mochte er nun in einem formloſen Contract, einem Delict, oder auch zufällig in einer früheren Stipulation beſtanden haben. Nicht anders verhält es ſich aber wiederum mit jeder anderen Succeſſion. Das übertragene Eigenthumsrecht unterſcheidet ſich von dem aufgegebenen Rechte des Auctor ebenfalls nicht bloß in der Perſon des Berechtigten, ſondern auch in dem Erwerbsgrunde. Das Recht des Succeſſor beruht eben auf der Tradition, mag der Auctor das ſeinige auf Uſucapion, Occupation, Specification oder etwa zufällig wieder auf eine frühere Tradition gründen. Zwiſchen beiden Fällen beſtand allerdings bei den Römern inſofern ein Unterſchied, als die Klage aus dem Eigenthum äußerlich immer dieſelbe rei vindicatio war, die perſönliche Klage aus der Stipulation aber auch proceſſualiſch eine andere Geſtalt annahm. Dieſer Unterſchied hat aber nur hiſtoriſchen Werth, er gehört nur dem römiſchen Formularproceß an, und begann ſchon zu verſchwinden, wenn die dingliche Klage causa adjecta angeſtellt wurde. Dann gelangte das verſchiedene Klagefundament auch hier bereits zur äußeren Erſcheinung, wie es der Sache nach immer beſtand.

Die herrſchende Lehre behauptet nun aber bei der Novation ferner eine Verſchiedenheit der alten und neuen Obligation nach ihrem Inhalte. Sie leitet aus der Novation ein ſelbſtſtändiges, von der alten Schuld unabhängiges Obligationsfundament ab, und ſchließt die Einreden aus der Perſon des früheren Gläubigers oder Schuldners aus. Damit wird die derivative Natur des neuen Erwerbes geläugnet. Wäre dieſe Behauptung richtig, ſo würde der Succeſſionsbegriff allerdings mit Recht ausgeſchloſſen ſein; ſie iſt aber in der That unbegründet.

Ich kann mich zur Widerlegung derſelben auf eine kurze Recapitulation deſſen, was ich in der früheren Abtheilung über die Bedingungen und Wirkungen der Novation im Allgemeinen geſagt habe, beſchränken — um ſo mehr, da ich keine irgend eingehende Unterſuchung des Gegenſtandes zu bekämpfen habe. Die Novation wird ja bei der Abhandlung

der Succession in der Regel nur mit einer beiläufigen Bemerkung abgefertigt.

Vor Allem muß ich daran erinnern, daß wir es mit der Novation als einem Formalact zu thun haben, der dem Standpunkte des älteren Rechts entsprechend, dem begleitenden Willen der Partheien nur einen indirecten Einfluß gestattete. Von einem besonderen animus novandi war bei der Novation als Successionsact nicht die Rede. Die Wirkung trat mit der eigenthümlichen Form der Novationsstipulation vermöge civilistischer Nothwendigkeit ein. Den Bedürfnissen des Verkehrs wurde von dem positiven Recht eine Reihe von fertigen, den verschiedenen Rechtsgeschäften im Voraus angepaßten Formeln geboten. Nur in der Auswahl unter diesen Formeln hatte sich der Wille der Betheiligten zu manifestiren.

Zur Herstellung der Succession diente von den Novationsformeln eine, die formula incerta, in ihrer ursprünglichen Vollständigkeit der Klagformel nachgebildet: quidquid ex causa pristina dare facere oportet, dari spondes? Indem in dieser Formel die relative Bezeichnung des Stipulationsobjectes auf das zwischen den ursprünglichen Subjecten bestehende Schuldverhältniß gerichtet wurde, vermittelte die Novation den Uebergang der Obligation auf die contrahirenden Partheien, unter Aufrechthaltung der Continuität in dem Inhalte derselben. Ich habe schon früher hervorgehoben, daß die Formel in dieser speciellen Verwendung eine Verflüchtigung oder Abschleifung erlitten hat, dadurch, daß der Inhalt des Relativsatzes auf das frühere Partheienverhältniß beschränkt, die causa der Obligation aber nicht wiederholt wurde. Demnach lautete die Formel für die active Succession:

quod Titio debes, mihi dare spondes?

für die passive:

quod mihi Sejus debet, dare spondes?

Dieses waren die feststehenden Typen, innerhalb welcher das Geschäft in allen seinen Anwendungen Raum fand. Es sind uns sowohl von der vollständigen Formel, als von der abgekürzten genügende Beispiele erhalten, um uns von der durchgehenden Conformität der äußeren Gestalt zu überzeugen. Ich verweise wegen dieser äußeren Gestalt einfach auf meine frühere Darstellung (S. 166 folg.), wo ich namentlich auch die Grenze derselben gegen die Correalstipulationen näher erörtert habe. Hier will ich nur noch die Warnung vor dem bereits dort gerügten Irrthum wiederholen, als ob neben der Bezugnahme auf das frühere Schuldverhältniß auch das Object desselben als ein certum in der Formel Ausdruck gefunden hätte. Es wurde nicht stipulirt: *centum*, quae Titio debes, oder quae mihi Sejus debet, sondern das Object wurde nur relativ wiedergegeben und blieb eben darum ein incertum, wie in l. 75. §. 6. de V. O. (45,1) ausdrücklich bezeugt ist.

Von der obligatoriſchen Wirkung dieſer Stipulationen gilt nun ganz daſſelbe, was ich S. 277 folg. von der Novation durch formula incerta überhaupt geſagt habe. Die neue Obligation blieb von dem Inhalte der früheren vollſtändig abhängig, ſie beſtand nur inſoweit, als ein gültiges debitum vorausging. Wenn Titius nichts zu fordern hatte, oder Sejus nichts ſchuldig war, ſo hatte die neue Obligation keinen Inhalt. Wir können dies Verhältniß hier auch ſo ausdrücken: es ſind alle Einreden aus der Perſon des früheren Gläubigers oder Schuldners zuläſſig. Jedoch trifft dabei wiederum daſſelbe zu, was ich S. 278 über die proceſſualiſche Seite der Frage geſagt habe. Es bedurfte gegenüber der neuen Klage keiner ausdrücklichen exceptio, auch wo die frühere Obligation nicht ipso jure, ſondern nur per exceptionem ungültig war. Der neue Gläubiger hatte die condictio incerti mit folgender Formel:

> Quod A. A. de N. N. stipulatus est: *quod Titio debes, mihi dare spondes?* quidquid paret ob eam rem N. N. A. A. dare facere oportere etc.

War die Forderung des Titius bezahlt, alſo ipso jure getilgt geweſen, ſo verſtand es ſich von ſelbſt, daß der Kläger kein Recht erworben hatte. Ebenſo verhielt es ſich aber in dem Falle, wo der Forderung des Titius eine peremtoriſche Einrede, z. B. pacti oder doli, entgegengeſtanden hatte. Denn auch in dieſem Falle war Titius nicht mehr creditor, es war kein debitum mehr vorhanden geweſen.

> l. 55. 108. de V. S. (50,16). l. 3. §. 1. de pecunia constituta (13,5).

Eine gültige, materiell unanfechtbare Forderung des Titius war von Hauſe aus Vorausſetzung des neuen Klagrechts. Aus dieſer proceſſualiſchen Stellung der Sache erklärt ſich zur Genüge, warum die Wirkſamkeit der der früheren Schuld anklebenden Einreden bei den römiſchen Juriſten keine Erwähnung bedurfte. Sie war ebenſo ſelbſtverſtändlich, wie bei der Succeſſion durch Litisconteſtation. Wer alieno nomine klagte, mußte ſich natürlich auch dieſelben Einreden gefallen laſſen, wie der auf deſſen Forderung er die ſeinige gründete; aber auch dieſer Satz iſt in den Quellen nirgends ausdrücklich ausgeſprochen.[1])

Die gemeine Lehre hat ſich die richtige Einſicht in das Weſen der Novation als Succeſſionsform von Hauſe aus dadurch abgeſchnitten, daß ſie dieſelbe ohne Weiteres der Delegation zuzählt, und den Grundſatz der l. 19. h. t. darauf anwendet: Exceptiones quae poterant deleganti opponi cessant in persona creditoris, cui quis delegatus est. Die Berufung auf dieſe Stelle iſt um ſo leichtfertiger, als

1) Dies hat ſchon Puchta richtig hervorgehoben (Rechtslexicon Bd. II. S. 661 Note 64.).

es doch Niemandem einfällt, sie auf die delegatio per litiscontestationem auszudehnen. Ich habe in der ausführlichen Darstellung der Delegationslehre zur Genüge nachgewiesen, daß sie auch für die delegatio per stipulationem nur beschränkte Geltung hat. Sie bezieht sich, wie wir gesehen haben, auf die reine Creditanweisung, delegatio im engeren Sinne, ausschließlich. Mit der abstracten Fassung der Delegationsstipulation hört ihre Unanfechtbarkeit aus den zu Grunde liegenden Deckungs- und Valutaverträgen auf. Die Succession aber kann höchstens in eine titulirte Creditanweisung, delegatio im weiteren Sinne, übergehen. Wo eine solche Berührung beider Institute erkennbar wird, tritt gerade der Gegensatz zwischen reiner und titulirter Delegation völlig charakteristisch hervor. Ich habe denselben an den hierher gehörigen Hauptstellen l. 27. h. t., l. 8. §. 2. ad SC. Vellejanum (16,1) und l. 37. §. 4. de operis libertorum (38,1) bereits ausführlich nachgewiesen (S. 126 folg.) und brauche hier nur darauf zurückzuweisen.

Die relativen Formeln, von welchen wir jetzt sprechen, stehen eben um dieses Umstandes willen in einer viel entfernteren Beziehung zur Delegation, wie die im §. 54. besprochene formula certa: rem aliquam dari, von welcher wir gesehen haben, daß sie in der That in eine Abart der reinen Delegation übergeht. Dies zeigt sich dann auch in dem Umstande, daß für unseren Fall im Sprachgebrauche der Quellen — bis auf die wenigen eben erwähnten Stellen, welche eine Zweideutigkeit nicht zulassen — die Bezeichnung novatio überall beibehalten ist. Novatio in der Anwendung auf wechselnde Personen war geradezu der technische Ausdruck für die Successionsform. Dies ergiebt sich deutlich genug aus der Darstellung des Gajus:

> quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi — opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; *quae dicitur novatio obligationis.*

Wir müssen uns den Gebrauch dieser Form offenbar als einen ganz gewöhnlichen, den Römern im täglichen Geschäftsverkehr äußerst geläufigen vorstellen. Während die Stipulation rem aliquam dari der Natur der Sache nach nur unter besonderen Voraussetzungen gelegentliche Verwendung finden konnte, waren die beiden Formeln

> quod Titio debes, mihi dare spondes? quod mihi Sejus debet, dare spondes?

diejenigen, in welchen sich der Verkehr mit Forderungen und Schulden im älteren römischen Recht mit voller Leichtigkeit bewegte. Sie waren ursprünglich jedenfalls der zweiten Form der Succession durch Litiscontestation auch in der Bequemlichkeit der Handhabung völlig ebenbürtig. Ob der Vorzug der letzteren, daß der Schuldner auch wider seinen Willen

zur Annahme des neuen Gläubigers angehalten werden konnte, nicht ſchon einer ſpäteren Entwickelung angehört, kann wenigſtens bezweifelt werden. Es iſt ebenſo denkbar, daß der Eintritt eines Dritten in den Proceß in einem früheren Stadium ganz wie die Stipulation von der freien Zuſtimmung des Gegners abhing.

Ich will von den zahlreichen Digeſtenſtellen, in welchen die Novation dieſe Rolle übernimmt, nur aus unſerem Titel die folgenden beiſpielsweiſe hervorheben:

l. 8. §. 4. l. 10. 20. 21. 22. 25. 26. 30. 32. 34. h. t.

Die Succeſſion diente hier, wie ich bereits mehrfach gelegentlich angedeutet habe, unter Anderem auch dazu, die Schwierigkeit des Contrahirens mit Stellvertretern zu umgehen. Die Obligation wurde nur zu dem Zwecke übertragen, um den neuen Gläubiger zur Dispoſition Namens des urſprünglichen zu legitimiren, z. B. l. 13. §. 10. de acceptilatione (46,4).

In allen dieſen Fällen iſt die Vorſtellung einer Uebertragung der Obligation, einer Nachfolge des neuen Contrahenten in das Recht des alten, nicht nur die natürliche, ſondern auch die von den Römern ſelbſt adoptirte. Man vergleiche nur die Ausdrucksweiſe in folgenden Stellen:

Gaj. III. §. 176.: obligatio tollitur *translata in posteriorem.*

l. 34. §. 2. h. t. — utriusque obligatio in unius personam, a quo nunc stipulamur, *confluit.*

c. 1. ad SC. Vellejanum (4,29) — alienam obligationem *suscipiunt vel in se transferunt.*

c. 4. eod. — eam obligationem mulier *in se transtulit.*

(auch c. 8. 16. 18. eod.)

Gerade dieſe Vorſtellung iſt es, welche den ganzen Novationsbegriff dergeſtalt beherrſcht, daß Ulpian ſie in die allgemeine Definition aufgenommen hat:

l. 1. pr. h. t. Novatio est prioris debiti in aliam obligationem — *transfusio atque translatio.*

Ebenſo l. 2. h. t. Omnes res *transire in novationem* possunt.

Er macht damit die Novation auch unter denſelben Partheien gewiſſermaßen zu einer *successio in suum locum.* Wenn Papinian gerade dieſen Ausdruck für die Erneuerung des mit der novirten Obligation verbundenen Pfandrechts gebraucht (l. 3. pr., l. 12. §. 5. qui potiores 20,4), ſo iſt es gewiß erlaubt, denſelben auch auf die Reproduction der perſönlichen Forderung ſelbſt zu beziehen. Auch im ganz eigentlichen Verſtande iſt die Bezeichnung succedere für die Novation den Römern nicht fremd, ſondern wird z. B. in l. 24. de constituta pecunia (13,5) ohne allen Anſtand dafür gebraucht.[2])

2) In dieſer Stelle iſt allerdings nicht von der formellen Novation des alten Rechts, ſondern von der Wirkung einer materiell identiſchen Stipulation die Rede. Der Rückſchluß von dieſer auf jene kann aber hier gewiß eher für ein argumentum a majore ad minus gelten.

§. 57. Die Litiscontestation als Successionsform. Verhältniß derselben zur Proceßvollmacht.

Ich wende mich jetzt zu der zweiten unter den Successionsformen des älteren Rechts, der Litiscontestation. Diese hat sich, im Gegensatz zu der Novation, von jeher der eingehenden Berücksichtigung aller Rechtslehrer zu erfreuen gehabt, weil sie bis in die neueste Zeit zugleich für die noch in das heutige Recht hinüberwirkende Grundlage der späteren Entwickelung gehalten wurde. Dieser Form wird auch von der herrschenden Lehre eine viel weiter gehende Successionsähnlichkeit als der Novation zugestanden, und diejenigen Schriftsteller, welche von den Anfängen einer wirklichen Succession im römischen Recht sprechen, haben an sie ausschließlich angeknüpft.

Man ist darüber einig, daß es sich hier um einen derivativen Erwerb handelt, aber man behauptet, daß dieser Erwerb sich nicht auf das Recht selbst, sondern nur auf dessen Ausübung erstrecke, daß das Recht also nicht nur fortdauere, sondern von der ursprünglich berechtigten Person gar nicht getrennt werde. Dies ist der Sinn, der mit dem Satze: obligatio personam non egreditur hauptsächlich verbunden wird. Die gegensätzliche Stellung zur Novation, welche Gajus in seiner mehrerwähnten Darstellung dieser zweiten Form anweist, scheint auf den ersten Anblick diese Auffassung zu bestätigen (II. §. 39.):

> Sine hac vero novatione *non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri.*

Alieno nomine, ex persona alterius agere sind Ausdrücke, welche wir auf die Geltendmachung eines fremden Rechts beziehen; cognitor, procurator Prädicate, die wir dem bloßen Vertreter, dem Bevollmächtigten eines Andern beilegen. Die Grundanschauung der älteren und neueren Doctrin geht demgemäß dahin, daß die Uebertragung einer Obligation, soweit sie im römischen Recht überhaupt vorkommt, historisch und begrifflich aus der Proceßvollmacht abgeleitet werden müsse. Dieselbe Grundlage nimmt die Lehre der Romanisten auch für die heutige Cession in Anspruch, namentlich seitdem dieselbe an Mühlenbruch in seiner umfassenden Monographie über den Gegenstand einen überlegenen Vertheidiger gefunden hat.

Gleichwohl glaube ich diese Grundanschauung auch vom historischen Standpunkte aus als unberechtigt bezeichnen zu müssen. Eine so radicale Opposition gegen die Dogmatik aller Jahrhunderte verliert einen großen Theil ihrer Verwegenheit dadurch, daß sie hauptsächlich auf die der früheren Zeit unbekannten Zeugnisse gestützt wird, welche uns die Ent-

deckung des Gajus und der vaticanischen Fragmente zugeführt hat. Es war ein für die Entwickelung der Cessionslehre verhängnißvoller Umstand, daß ein mit vollem Rechte so epochemachendes Werk, wie das von Mühlenbruch, (wenigstens in seiner ersten Ausgabe 1817) vor diesen neuen Entdeckungen vollendet wurde. Je mehr dadurch die ältere Lehre von ihren unhaltbaren Auswüchsen befreit wurde, desto mehr schien sie in ihrem Fundamente für alle Zukunft befestigt zu sein. Den jüngeren Forschern ist dadurch die schwierigere und undankbarere Aufgabe zugefallen, einem in sich geschlossenen und abgerundeten System von Ansichten schrittweise den Boden abzugewinnen.

Es ist richtig, daß die Form, in welcher die Succession durch Litiscontestation zu Stande kam, dieselbe ist, welche im älteren Recht auch für die Proceßvollmacht diente. Dies hatte aber nur darin seinen Grund, daß es eine Vertretung im Processe in unserem Sinne gar nicht gab. Wer aus dem Rechte eines Anderen vor Gericht auftrat, wurde unter allen Umständen sein Nachfolger im Rechte selbst, er war wirklich Successor; wenn er der Sache nach Bevollmächtigter war, hatte dies nur die Folge, daß er dem Vollmachtgeber von dem Gebrauche seines Rechtes Rechenschaft zu geben hatte.

Der römische Proceß war nicht, wie der unsrige, eine fortlaufende Kette obrigkeitlicher Hülfsacte zur Verwirklichung des ursprünglichen Rechts des Klägers. Er beruhte auf der Vorstellung einer Verwandlung des Klagerechts in ein vertragsartig obligatorisches Verhältniß zur Gegenparthei. Judicio contrahitur; mit der Litiscontestation wurde das ursprüngliche Recht zerstört — wenigstens soweit es gegen die Person des Gegners gerichtet war, — actio, obligatio tollitur, consumitur. Es wurde ein neues Recht geschaffen, welches demnächst durch das Urtheil seine definitive Gestalt erhielt. Ante litem contestatam dare debitorem oportet, post litem contestatam condemnari oportet, post condemnationem judicatum facere oportet.

Die Litiscontestation als Grundlage des Ganzen hatte also vor Allem den Charakter eines feierlichen Rechtsgeschäfts zwischen den Partheien. Im alten Legisactionenproceß war die Mitwirkung eines Dritten dabei ganz ausgeschlossen. [1]) Im Formularproceß wurde sie zugelassen, aber nur mit demselben Erfolge, wie ursprünglich überhaupt für einen Andern contrahirt werden konnte. Der Vertreter erwarb für sich, der Vertretene konnte sich nur an ihn halten, und blieb außer aller unmittelbaren Beziehung zu der Gegenparthei. Wer also alieno nomine klagte, wurde, wie die Römer sagen, dominus litis, d. h. Herr des Rechts, Eigenthümer der Forderung. Ebenso wurde andrerseits der Ver-

1) Wenigstens auf der Seite des Klägers. Mit dieser Beschränkung ist doch wohl Gajus (IV. §. 82.) zu verstehen.

treter des Beklagten selbst und allein verpflichtet, und konnte nur seinerseits gegen den Vertretenen Regreß nehmen.

Das ganze Verhältniß ist besonders klar geworden, seit wir durch Gajus die Formel kennen gelernt haben, durch welche die Uebertragung des Rechts und der Verpflichtung verwirklicht wurde:

> Gaj. IV. §. 86. Qui alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit: nam si verbi gratia Lucius Titius pro Publio Maevio agat, ita formula concipitur: *Si paret Numerium Negidium Publio Maevio sestertium X milia dare oportere, judex Numerium Negidium Lucio Titio sestertium X milia condemna. Si non paret absolve.* — §. 87. Ab adversarii quoque parte si interveniat aliquis cum quo actio instituitur, intenditur dominum dare oportere; condemnatio autem in ejus personam convertitur qui judicium accepit.

Diese Formeln geben den völlig präcisen Ausdruck für ein von dem fremden abgeleitetes, durch dasselbe bedingtes, eigenes Recht, oder eine ebenso abgeleitete Verpflichtung. Sie stellen eine Litiscontestation mit Personenwechsel dar, von welcher mit demselben Rechte gesagt werden kann, was Gajus von der Novation mit Personenwechsel sagt: efficit ut a me liberetur et incipiat tibi teneri.

In diesem älteren Rechtszustand liefen Succession und Proceßvollmacht ununterscheidbar in einander. Die Proceßvollmacht war nur ein besonderer Fall, dieselbe Form konnte ebensogut zur definitiven Uebertragung des Rechts bestimmt sein. Erst die spätere Entwickelung hat den Fall der bloßen Vollmacht dadurch ausgezeichnet, daß, conform der fortschreitenden Rechtsbildung in andern Fällen, die Wirkung des Processes auf den Geschäftsherrn unmittelbar übertragen wurde. Dies geschah schon innerhalb der Periode der classischen Juristen dadurch, daß die actio judicati, die dem Inhalte des ergangenen Urtheils gemäß ursprünglich nur dem Vertreter und gegen ihn zustand, dem dominus und gegen ihn gegeben wurde. Erst nach dieser Verschiebung des ursprünglichen Verhältnisses kann eigentlich von einer Proceßvollmacht in unserem Sinne gesprochen werden. In den Digesten liegt uns, dem Zustande des Justinianischen Rechts entsprechend, nur das Resultat dieser Entwickelung vor; die verschiedenen Stufen, welche dieselbe durchgemacht, haben wir erst aus Gajus und den vatikanischen Fragmenten kennen gelernt. Zufolge dieser neuen Kenntniß können wir jetzt mit viel mehr Recht umgekehrt wie die ältere Lehre sagen: Die Proceßvollmacht ist aus der Succession hervorgegangen.

Das Detail dieses interessanten rechtsgeschichtlichen Vorganges hat

bereits im Jahre 1827 eine erschöpfende und in den Hauptpunkten befriedigende Darstellung gefunden in der classischen Abhandlung von Bethmann-Hollweg: Ueber die Repräsentation im Proceß (Versuche über einzelne Theile des Civilprocesses S. 138 folg.), deren Resultate allen nachfolgenden Behandlungen des Gegenstandes zur Grundlage gedient haben. Leider ist das dort entworfene Bild in einem gerade für den ursprünglichen Zustand erheblichen Punkte durch einen Irrthum entstellt, der den Gesammteindruck für die Nachfolger des Verfassers noch mehr als für ihn selbst getrübt hat, und mich nöthigt, ihm zum Theil in die Specialuntersuchung zu folgen.

Bekanntlich hatten die Römer im classischen Zeitalter zwei verschiedene Arten von Vertretern im Proceß, die sich durch die Form ihrer Bestellung unterschieden: den cognitor und den procurator. Der cognitor wurde durch feierliche Rede an die Gegenparthei bei dieser förmlich beglaubigt; der procurator war ein formlos Bevollmächtigter, wie bei jedem anderen Rechtsgeschäft. Jenes war die ältere, dies die neuere Form. Der cognitor hatte also von Hause aus seine Legitimation vollständig geführt, die des procurator blieb von dem Bestehen einer gültigen Vollmacht oder der späteren Ratihabition des dominus abhängig. Gleichwohl wurde Jeder, der sich als procurator einführte, ohne Legitimationsprüfung zur Klage zugelassen, wenn er Caution stellte, ratam rem dominum habiturum. Für den Vertreter des Beklagten bedurfte es überhaupt keiner Legitimation; jeder Dritte konnte durch Intervention als defensor den Hauptschuldner auch ohne dessen Wissen und Willen befreien. Der Kläger wurde aber nur dann zur Einlassung mit einem Vertreter angehalten, wenn ihm judicatum solvi cavirt wurde. Diese Caution diente dazu, ihn vor den Nachtheilen der Substitution eines neuen Schuldners zu schützen. Sie war bei beiden Arten von Vertretern erforderlich, und der Unterschied zwischen ihnen bestand hier nur darin, daß für den cognitor der dominus, der procurator aber selbst die Caution bestellte. Gleich dem procurator wurden auch gewisse Klassen von gesetzlichen Vertretern behandelt, namentlich der tutor, der curator und der actor municipum.

Dies war der ursprüngliche Zustand. In späterer Zeit begann man die Legitimation auch des procurator zu prüfen. Wenn die Vollmacht desselben feststand, sei es durch Anwesenheit des dominus (procurator praesentis) oder durch schriftliche Erklärung desselben (procurator apud acta factus), so wurde er dem cognitor gleichgestellt. Dasselbe geschah mit den gesetzlichen Vertretern. Alle diese wurden demnach auch von der cautio de rato dispensirt. In gleichem Maße wurde nun aber der unlegitimirte procurator in der Regel gar nicht mehr zur Klage verstattet, und die Caution behielt nur noch die Bedeutung einer

exceptionellen Ergänzung für eine unvollständige oder zweifelhafte Vollmacht. So ist es gekommen, daß der legitimirte procurator allmählich vollständig an die Stelle des cognitor trat, und diesen aus dem Gebrauche verdrängte. Im Justinianischen Rechte existirt derselbe gar nicht mehr; in die Pandekten sind zwar unzweifelhaft viele Stellen, die sich ursprünglich auf den cognitor bezogen, aufgenommen, aber systematisch durch Umänderung des Wortes in procurator, oder etwas Aehnliches, interpolirt worden.

Alle verschiedenen Arten von Vertretern hatten die vorhin aus Gajus mitgetheilte Klagformel mit einander gemein. Auch nach dem Untergange des Formularprocesses wurde streng an der Regel festgehalten, daß das Urtheil auf den Namen des Vertreters gestellt wurde. Nur wurde es, wo eine bloße Vollmacht zu Grunde lag, nicht mehr für ihn oder gegen ihn exequirt, sondern die actio judicati wurde, wie bemerkt, in diesem Falle activ und passiv auf den dominus übertragen. Diese uns hier zunächst interessirende Neuerung hat im Einzelnen ganz ähnliche Stadien durchgemacht, wie der Entwickelungsgang im Allgemeinen. Zuerst wurde sie für den cognitor eingeführt, dann auf den legitimirten procurator (procurator praesentis und apud acta factus) und die verschiedenen Kategorieen der gesetzlichen Vertreter ausgedehnt, bis schließlich der ältere Rechtszustand in allen Fällen auf den wirklichen Successor, den cognitor oder procurator *in rem suam* beschränkt blieb. Auf Seiten des Beklagten wurde in derselben Stufenfolge die cautio judicatum solvi erlassen, welche mit der veränderten Stellung derjenigen Vertreter, die nicht mehr Selbstschuldner wurden, ihren ursprünglichen Zweck verlor.

Gerade diese letzte für uns wichtigste Seite der Entwickelung hat Bethmann-Hollweg insoweit verkannt, als es sich um die Stellung des cognitor handelt. Er hat nämlich angenommen (a. a. O. S. 175 ff.), daß der cognitor niemals die actio judicati selbst habe anstellen können oder habe übernehmen müssen. Wenn dies auch nach Maßgabe des gefällten Urtheils der Strenge des Civilrechts gemäß gewesen wäre, so habe doch der Prätor von Hause aus und gleichzeitig mit der Zulassung der Cognitoren überhaupt die Wirkungen des Urtheils auf den dominus zurückbezogen. Dies soll namentlich bereits in einer eigenen Stelle des edictum perpetuum ausdrücklich vorgeschrieben gewesen sein. Diese Behauptungen sind von allen Späteren ziemlich ohne Kritik wiederholt worden.[2]) Die Auffassung geht hiernach dahin, daß bei dem cognitor,

2) Zimmern Civilprozeß §. 159. Mühlenbruch Cession, dritte Auflage S. 69, 70. Liebe Stipulation S. 192, Note 1. Keller Civilprozeß §. 53. Nur darüber hat sich eine sehr unfruchtbare Controverse erhoben, ob die auf den dominus übertragene actio judicati eine directa oder utilis gewesen sei. Man vergleiche darüber einerseits C. Ad.

alſo gerade der älteſten Form der proceſſualiſchen Vertretung, die Stellung der Klagformel und des Urtheils auf ſeinen Namen niemals ernſtlich gemeint geweſen ſei. Die Obligation des cognitor ſoll ein Schein ohne Weſen, eine Form ohne Inhalt geweſen ſein, nach Bethmann-Hollwegs eigener Bemerkung (a. a. O. Note 62) dem nudum jus Quiritium vergleichbar.

Dieſe von vorn herein höchſt unnatürliche Vorſtellung von der Sache entbehrt nun aber alles Beweiſes. Wenngleich ſie andererſeits nicht durch directe Zeugniſſe widerlegt werden kann, ſo läßt ſich doch nach dem Stande unſerer Quellen bis zum höchſten Grade der Wahrſcheinlichkeit darthun, daß die actio judicati des dominus nicht nur dem Edict, ſondern auch noch dem Zeitalter des Gajus ganz fremd geweſen iſt, mithin erſt einer ſehr ſpäten Periode angehört.

Die Stelle, von deren richtigem Verſtändniſſe die Entſcheidung der Frage hauptſächlich abhängt, iſt folgende:

> Vat. fr. §. 317. — (apud acta facto)[3]) procuratori haec satisdatio remitti solet, nam cum apud acta non nisi a praesente domino constituatur, cognitoris loco intellegendus est. Ad defendendum cognitore constituto dominus, non cognitor, actori satisdare cogendus est: cum vero procurator defensurus intervenit, non dominus, sed procurator judicatum solvi satisdare compellitur. Quae satisdatio adeo necessaria est, ut eam remitti non posse, etiamsi apud acta procurator constituatur, divus Severus constituerit. Cognitore enim interveniente judicati actio domino vel in dominum datur, — non alias enim cognitor experietur vel ei actioni subjicietur, quam si in rem suam cognitor factus sit —, interveniente procuratore judicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum competit.

Das Zeitalter dieſer Quelle läßt ſich, wenngleich die Inſcription nicht erhalten iſt, mit voller Sicherheit feſtſtellen. Die Stelle kann früheſtens unter Caracalla geſchrieben ſein, da in derſelben Kaiſer Severus als divus angeführt iſt. Als Verfaſſer würden wir demnach nur Ulpian oder Paulus vermuthen können, und da in der Inſcription des folgenden §. 318. Ulpian mit ſeinem Namen (nicht wie ſonſt geſchehen ſein würde idem) als Verfaſſer genannt iſt, dürfen wir mit ziemlicher

Schmidt in ſeiner Ausgabe der Rede pro Roscio comoedo S. 25 folg. Huſchke in den kritiſchen Jahrbüchern von 1840 S. 491 folg. (Recenſion des Vorigen). Kuntze Obligation und Singularſucceſſion S. 36, 37; andrerſeits Bekker proceſſualiſche Conſumtion S. 148 folg. und Windſcheid Actio S. 123, Note 5.

3) Die eingeklammerten Worte ſind ergänzt.

Sicherheit annehmen, daß unsere Stelle von Paulus herrührt, von dem uns überdies in den receptae sententiae I, 2. unter der Titelüberschrift de cognitoribus §. 4. ein ganz übereinstimmender Ausspruch erhalten ist:

> Actio judicati non solum in dominum aut domino, sed etiam heredi et in heredem datur.

In dem Schlußsatze unserer Stelle ist nun allerdings die Autorität des Edicts in Bezug genommen, aber nur dafür, daß der procurator die actio judicati selbst hat, nicht für die entgegengesetzte Entscheidung in Bezug auf den cognitor. Bethmann-Hollweg meint, daß diese »doch wohl« auf dieselbe Quelle zurückgeführt werden müsse. Dieser Schluß ist aber völlig willkürlich und ergiebt sich als ganz unzulässig, wenn man den inneren Zusammenhang des Ganzen in Betracht zieht.

Der Jurist hat in dem Eingange der Stelle, welchem der fragmentarische erste Satz angehört, von der Cautionsleistung des klägerischen Vertreters (cautio de rato) gesprochen, und wendet sich in dem zweiten Satze unseres Bruchstücks zu der Cautionsleistung auf Seiten des Beklagten (judicatum solvi). Der in dieser Beziehung zwischen cognitor und procurator bestehende Unterschied wird ganz conform mit Gajus (IV. §. 101.) vorgetragen, daran jedoch im dritten Satze eine Bemerkung über die Möglichkeit eines Erlasses der Caution angeknüpft. Der Inhalt dieser Bemerkung bedarf einer genaueren Betrachtung. Paulus nimmt hier unmittelbar nur auf die Cautionspflicht des procurator Bezug und sagt von dieser: remitti non potest; es muß aber zu diesem Ausspruche ein auf den cognitor bezügliches Vorderglied entgegengesetzten Inhalts ergänzt werden, so daß der Sinn eigentlich dahin geht:

> Et pro cognitore quidem satisdatio remitti potest, procuratoris autem adeo necessaria est, ut eam remitti non posse, etiamsi apud acta procurator constituatur, divus Severus constituerit.

Die Nothwendigkeit dieses Verständnisses ergiebt sich schon aus der in dem Satze selbst angeführten Entscheidung des Kaisers Severus. Diese wurde offenbar veranlaßt durch das beginnende Bestreben, den procurator apud acta constitutus vollständig gleich dem cognitor zu behandeln. Ebenso wie derselbe in Bezug auf die cautio de rato cognitoris loco erachtet wurde, sollte dies auch in Bezug auf die cautio judicatum solvi geschehen. Die Möglichkeit eines Erlasses dieser Caution mußte also damals bei dem cognitor bereits feststehen; sonst hätte die Analogie nur dahin führen können, daß für den legitimirten procurator, wie ursprünglich für den cognitor, der dominus die Cautionsleistung übernahm. Dieser Zusammenhang wird aber ferner noch vollständiger bestätigt durch den weiter folgenden Schlußsatz, welcher sich durch das verknüpfende enim als die Begründung des Vorigen

ankündigt. Dieſer zerfällt nämlich wieder deutlich in zwei Glieder entgegengeſetzten Inhalts: aus der Verurtheilung des cognitor iſt der dominus mit der actio judicati verhaftet, aus der des procurator nicht. Daraus folgt rückwärts äußerſt natürlich eine entſprechende Verſchiedenheit: für den cognitor bedarf es keiner Cautionsleiſtung, wohl aber ſeitens des procurator, auch wenn er ad acta legitimirt iſt. Der Gedankengang hätte nur die paſſive Uebertragung der actio judicati anzuführen erfordert; die Erwähnung auch der activen Uebertragung iſt eine beiläufige, durch das Streben nach Vollſtändigkeit veranlaßt, weil beide Fälle urſprünglich überall gleich behandelt wurden.

Unſere Stelle liefert hiernach zunächſt den ſtringenten Beweis für zwei mit einander in urſächlichem Zuſammenhange ſtehende hiſtoriſche Thatſachen. Erſtens: Zur Zeit des Paulus wurde der cognitor des Beklagten unter Umſtänden von der cautio judicatum solvi befreit, der procurator niemals. Zweitens: Zu derſelben Zeit wurde die actio judicati von dem cognitor auf den dominus übertragen, von dem procurator nicht. Es fragt ſich weiter: welchen Urſprung und welches Alter haben wir dieſen Sätzen beizumeſſen? In Bezug auf den procurator haben wir nach dem ausdrücklichen Zeugniſſe des Juriſten, ſo wie nach übereinſtimmenden anderen Quellen die Regel des Edicts vor uns. In Bezug auf den cognitor iſt dagegen offenbar das Umgekehrte der Fall. Wir wiſſen mit Beſtimmtheit, daß der Erlaß der cautio judicatum solvi eine Abweichung von dem urſprünglichen Rechtszuſtande enthielt. Die unvermeidliche Conſequenz iſt, daß wir daſſelbe auch von der Uebertragung der actio judicati annehmen müſſen. Damit ſtimmt denn eigentlich auch die Ausdrucksweiſe unſerer Stelle vollſtändig überein. Von dem cognitor wird geſagt: judicati actio domino vel in dominum *datur*, von dem procurator: *ex edicto perpetuo* ipsi et in ipsum, non domino vel in dominum, *competit*. Das ſoll heißen: in Bezug auf jenen erlauben wir uns, der Vorſchrift des Edicts entgegen zu handeln, in Bezug auf dieſen iſt es dabei geblieben. Noch präciſer wie Paulus hier und in andern Stellen, drückt ſich Ulpian in l. 28. de procuratoribus (3,3) aus: judicati actio domino *indulgetur*. Beide Wendungen ſind nicht bloß ſachlich auf eine Milderung des ſtrengen jus civile durch den Prätor, ſondern auch hiſtoriſch auf eine Connivenz der neueren Praxis gegenüber der urſprünglichen wirklichen Geltung des entgegengeſetzten Princips zu beziehen.

Eine fernere Beſtätigung erhält dieſe Interpretation durch eine andere Stelle des Paulus, in welcher er ſich einer ſehr ähnlichen Redeweiſe bedient, nämlich:

l. 6. §. 3. quod cujusque universitatis nomine (3,4). Actor universitatis si agat — non compellitur cavere de rato.

> Sed interdum si de decreto dubitetur, puto interponendam de rato cautionem. Actor itaque iste procuratoris partibus fungitur, et *judicati actio ei ex edicto non datur*, nisi in rem suam datus sit.

Die Stelle gehört unzweifelhaft zu denjenigen, in welchen urſprünglich ſtatt procurator cognitor geſtanden hat; nur dieſem konnte der actor universitatis in den hier behandelten Punkten gleichgeſtellt werden. Dieſe Aſſimilation deſſelben mit dem cognitor nach Analogie des legitimirten procurator iſt nun aber ſelbſt erſt ein Product der ſpäteren Entwickelung; deshalb kann die Verfagung der actio judicati bei dem actor universitatis noch weniger auf eine ausdrückliche Beſtimmung des Edicts zurückgeführt werden, als bei dem cognitor.[4]) Dies iſt aber offenbar auch gar nicht die Meinung des Juriſten. Er will vielmehr ſagen: die edictsmäßige judicati actio, die Klage, die ihm eigentlich nach dem Edict gebühren würde, wird ihm dennoch ebenſowenig gegeben, wie dem cognitor.

Bethmann-Hollweg hat zur indirecten Unterſtützung ſeiner Anſicht noch zwei andere Stellen herbeigezogen, welche eine kurze Beſprechung verdienen; zunächſt:

> Vat. fr. §. 331. Quoniam praesentis procuratorem pro cognitore placuit haberi, domino causa cognita dabitur et in eum judicati actio.
>
> §. 332. Procurator absentis, qui pro domino vinculum obligationis suscepit, onus ejus frustra recusat: et ideo nec judicati actio post condemnatum procuratorem in dominum datur, aut procuratori qui vicit denegatur.

Dieſe anſcheinend Papinian angehörige Stelle ſteht mit dem vorhin betrachteten §. 317. zum Theil in Widerſpruch. Hier wird der procurator praesentis in Bezug auf die actio judicati bereits dem cognitor gleichgeſtellt, und das ältere Recht nur noch für den procurator absentis aufrecht erhalten. Bethmann-Hollweg will beide Stellen dadurch vereinigen, daß beim praesentis procurator die Klage nur causa cognita auf den dominus übertragen ſei, nicht wie beim cognitor zufolge allgemeiner Vorſchrift des Edicts. Erſt in ſpäterer Zeit ſoll dieſer Unterſchied ausgeglichen ſein nach dem Zeugniſſe der

> c. 7. cod. Theodos. de cognitoribus et procuratoribus (2,12) — cum manifestum sit, si cognitor vel praesentis procurator usus fuerit in judicio prosperiore fortuna, vel eadem reclamante devictus, judicati actionem *sine ulla cunctatione* in dominum dari vel domino.

4) Dies hat auch Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 229 wohl gefühlt, und deshalb die Möglichkeit einer Verfälſchung der Stelle angedeutet.

Hier nämlich soll sine ulla cunctatione gerade den Wegfall der causae cognitio bedeuten. So scharfsinnig diese Combination an sich ist, so kann sie doch — ganz abgesehen von den vorhin erhobenen Gegenargumenten — bei näherer Betrachtung auch aus inneren Gründen nicht wohl bestehen. Die causae cognitio konnte sich doch offenbar hauptsächlich nur darauf beziehen, ob der praesentis procurator in rem suam oder in rem domini bestellt war, und dies mußte bei dem cognitor jedenfalls ganz ebenso untersucht werden. Was aber die cunctatio in c. 7. cit. anbetrifft, so ist dabei wohl noch eher an den im älteren Recht nothwendigen Umweg zu denken, daß für die Judikatsklage der dominus seinerseits behufs Rückübertragung derselben zum procurator oder cognitor bestellt wurde. [5]) — In einer so augenscheinlich fortschreitend sich entwickelnden Rechtsmaterie dürfen uns aber auch Antinomieen zwischen den Stellen verschiedener Juristen selbst innerhalb derselben Sammlung gar nicht überraschen. Wenn den §§. 331. 332. der Vatikanischen Fragmente mit Recht ein höheres Alter beigelegt wird, als dem §. 317., so haben wir allerdings sogar einen vorübergehenden Rückschritt der Meinungen vor uns. Es ist aber sehr gut denkbar, daß die Ansicht Papinians über den procurator praesentis durch die in §. 317. citirte constitutio Kaiser Severs noch als eine unberechtigte Neuerung reprobirt wurde, während sie gleichwohl später zur Zeit des Theodosianischen Rescripts unbezweifelte Geltung gewonnen hat.

Das entscheidendste Moment in der ganzen Frage ist das Verhältniß der Judikatsklage zur cautio judicatum solvi. Wiewohl der Zusammenhang beider aus Vat. fr. §. 317. ganz unzweideutig hervorgeht, ist er doch bisher keineswegs richtig erkannt worden. Das ganze System von Proceßcautionen, welches der Prätor bei dem alieno nomine agere eingeführt hatte, war darauf berechnet, den Proceßgegner vor den Nachtheilen der Litiscontestation mit einer neuen Parthei zu schützen. Der Umfang der nöthig befundenen Sicherheitsmaßregeln erlaubt einen zuverlässigen Rückschluß auf die Wirkungen des Processes, denen damit begegnet werden sollte. Weil der cognitor des Klägers die Hauptobligation zerstörte, wie der dominus, der procurator aber nicht, darum bedurfte es für diesen einer cautio de rato, für jenen nicht. Weil der cognitor des Beklagten den dominus ebenso definitiv befreite, wie der procurator, darum bedurfte es für Beide der cautio judi-

5) Man vergleiche l. 45. §. 5. mandati (17,1) und l. 2. §. 8. i. f. de hereditate vel actione vendita (18,4). So ist z. B. auch in l. 31. §. 2. soluto matrimonio (24,3) statt judicati actionem *dari* oportebit für das ältere Recht *praestari* oportebit zu restituiren. Denn Julian, der Verfasser des edictum perpetuum, konnte, selbst wenn er nicht vom procurator, sondern vom cognitor gesprochen haben sollte, noch nicht die unmittelbare Uebertragung der Klage im Auge haben.

catum solvi. Wenn der dominus aus der Verurtheilung des cognitor ſchon mit der Judikatsklage verhaftet geweſen wäre, ſo hätte er ſich nicht erſt durch promissio zu verpflichten brauchen.[6]) Dieſes Argument iſt von völlig zwingender Kraft, und ergänzt den Schluß aus der Geſtalt der Klagformel in ſehr befriedigender Weiſe — zunächſt allerdings nur für die Vertretung auf Seiten des Beklagten. Daß aber die Stellung des cognitor actoris die analoge geweſen iſt, ergiebt ſich aus der in allen Quellenzeugniſſen wiederkehrenden Zuſammenſtellung beider Fälle als ganz unzweifelhaft.

Der Unterſchied zwiſchen cognitor und procurator zeigte ſich alſo urſprünglich nur in der liberatoriſchen Wirkung der Litisconteſtation; nur für dieſe war der cognitor loco domini. Für die obligatoriſche Wirkung ſtanden beide Formen der Vertreter einander ganz gleich; hier repräſentirte der cognitor nicht vollſtändiger, als der procurator. Beide wurden ſelbſt und allein Gläubiger und Schuldner; beide führten den Proceß aus eigenem Rechte, als domini litis.

Dies war das Recht des prätoriſchen Edicts; derſelbe Standpunkt liegt auch noch völlig unverändert der Darſtellung des Gajus zu Grunde.[7]) Wenn man dieſe allein lieſt, bleibt gar kein Raum für die Möglichkeit des Gedankens, daß das in einem alieno nomine geführten Proceß für den Vertreter ergangene Urtheil eine beſchränktere Wirkung gehabt haben könnte, als jedes andere. Insbeſondere iſt bei Gajus der Erlaß der cautio judicatum solvi auch für den cognitor noch abſolut ausgeſchloſſen.

> Gaj. IV. §. 101. Ab ejus vero parte, cum quo agitur, siquidem alieno nomine aliquis interveniat, *omnimodo satisdari debet, quia nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intellegitur.*

Dieſer Satz iſt auch in l. 46. §. 2. de procuratoribus (3,3) faſt wörtlich wiederholt; dort bezieht er ſich für das Juſtinianiſche Recht nur auf den freiwillig intervenirenden defensor, hier aber auf alle Klaſſen von Vertretern. Aus dem Gegenſatz zu den §§. 97.—100., namentlich §. 99., geht deutlich hervor, daß die Regel damals gar keine Ausnahme zuließ. Zur Zeit des Paulus war dieſe dagegen ſchon ſo gewöhnlich geworden, daß in Vat. fr. §. 317. die Cautionsfreiheit des cognitor gar keine Erwähnung mehr bedurfte. In der Zwiſchenzeit, gegen Ende des

6) Was Keller (Civilproceß §. 57.) ſagt, daß durch die Caution „ſich erſt recht aufklärt," daß die actio judicati gegen den cognitor verweigert und auf den dominus übertragen werde, iſt mir ganz unverſtändlich.

7) Die einzige ſchon zu ſeiner Zeit geſtattete Abweichung von den Vorſchriften des Edicts — in Bezug auf die Cautionspflicht der Tutoren und Curatoren — erwähnt Gajus ausdrücklich (IV. §. 99.).

zweiten Jahrhunderts, muß also in der Stellung desselben diejenige Veränderung eingetreten sein, welche ich im Vorigen nachgewiesen habe.

Der Gegensatz des älteren Rechts gegen das uns früher allein bekannte Resultat der späteren Entwickelung ist hiernach bedeutender, als man bisher angenommen hat. Es liegt aber gar kein Grund vor, sich gegen die vollständige Anerkennung desselben zu sträuben, da die Unmöglichkeit der Stellvertretung bei allen obligatorischen Verträgen doch unzweifelhaft von Hause aus herrschendes Princip war. Die ursprüngliche Bedeutung des dominium litis ist wirklich die, daß cognitor und procurator durch die Litiscontestation ein völlig selbstständiges Recht erwarben, welches dem Proceßgegner gegenüber durch keinerlei Disposition des dominus mehr gestört werden konnte. Man hat auch den Umfang der damit verknüpften Wirkungen bisher nicht richtig gewürdigt. Ich halte es für gar nicht zweifelhaft, daß der Schuldner nach vollzogener Litiscontestation nur dem cognitor, und nicht dem dominus gültig zahlen durfte. Dies ist nur die Consequenz des Princips, welches auf die actio judicati Anwendung fand. Auch weisen unsere Quellen deutlich genug auf den Parallelismus zurück. Man vergleiche:

> l. 86. de solutionibus (46,3). Hoc jure utimur, ut litis procuratori non recte solvatur; nam et absurdum est, cui judicati actio non datur, ei ante rem judicatam solvi posse.

Für litis procuratori ist hier zuvörderst im Sinne des Verfassers der Stelle (Paulus) cognitori zu restituiren. Diesem konnte der Jurist für seine Zeit die Annahme einer gültigen Zahlung ebenso absprechen, wie die Judicatsklage. Für das ältere Recht fällt mit seinem Grunde auch seine Entscheidung weg. Paulus spricht aber auch ausdrücklich nur von seiner Zeit, denn er sagt *hoc jure utimur*. Wäre es früher nicht anders gewesen, so hätte er sich nicht auf eine neue Praxis, sondern auf die Vorschrift des Edicts oder deren natürliche Consequenzen zu berufen gehabt. Der leider nur im Anfange der Zeilen erhaltene §. 335. der Vaticanischen Fragmente würde vielleicht über den Gegenstand noch mehr Aufschluß gegeben haben. Hier ist ganz ähnlich wie in l. 6. §. 3. cit. quod cujusque universitatis nomine die Gleichstellung des actor municipum mit dem cognitor behandelt, und wie es scheint, als eine Consequenz dieser Neuerung besonders hervorgehoben gewesen: non recte ei solvitur, sicut nec cognitori.

Die Stellung des procurator war insofern eine andere, als die Zahlung an ihn ebenso wie seine ganze Proceßführung der Ratihabition des dominus bedurfte. Erfolgte diese nicht, so war die Zahlung an den procurator ebenso wenig präjudicirlich für den dominus, wie die Litiscontestation; der Schuldner mochte das Gezahlte condiciren oder sich

aus der cautio de rato erholen. Mit der späteren Legitimationsprüfung änderte sich dies Verhältniß in doppelter Beziehung; soweit das Mandat des procurator feststand, wurde ihm die cautio de rato erlassen, gleichzeitig aber auch dem damals bereits anerkannten Vorgange des cognitor gemäß die Judicatsklage und damit die Befugniß zur Zahlungsannahme abgesprochen. Das Letztere scheint denn allerdings auch bei dem procurator absentis geschehen zu sein, wiewohl dieser zur classischen Zeit noch unzweifelhaft die Judicatsklage hatte. Der Schuldner wurde, um ihm die Gefahr und den Umweg doppelter Zahlung zu ersparen, unter Umständen wenigstens durante judicio zur Deposition verstattet.

l. 73. i. f. de procuratoribus (3,3).

Als selbstverständlich darf bei der ganzen Frage nicht vergessen werden, daß der cognitor so gut wie der procurator auch die Zahlung an den dominus für sich gelten lassen konnte. Und dazu hatte er denn natürlich alle Veranlassung, wenn er selber ex mandato verpflichtet war, das Empfangene an den dominus wieder auszuliefern.

§. 58. Die Bedeutung des cognitor und procurator in rem suam. Parallelismus mit der Novation. Der jussus stipulandi.

Die Resultate der im vorigen Paragraphen über die ursprüngliche Stellung des cognitor geführten Untersuchung sind nun vor Allem auch entscheidend für die Vorstellung, die wir uns von dem *in rem suam* bestellten Proceßvertreter zu machen haben. Ich will der einfacheren Anknüpfung wegen die Betrachtung auch hier zunächst auf den cognitor beschränken. Der cognitor in rem suam ist nicht, wie man bei unvollständiger Kenntniß des Sachverhalts glauben durfte, eine künstliche Erweiterung des Begriffs über seinen ursprünglichen Umfang hinaus; keine bloße Analogie, keine Fiction der Römer, um das Institut einem neuen Zweck dienstbar zu machen. Der cognitor in rem suam war von Anfang an ebensogut wirklicher cognitor, wie jeder andere; es war nur ein besonderer Fall, der dem Vertreter in rem domini vollkommen ebenbürtig zur Seite stand. Und noch mehr; es ist gerade derjenige Fall, für welchen sich die ursprünglich allgemein gültigen Grundsätze am ungetrübtesten erhalten haben. Nicht der cognitor in rem suam, sondern der in rem domini ist die neue Erfindung der späteren Zeit. Nicht jenem ist die Judicatsklage auf anomale Weise beigelegt worden, sondern er hat einfach das Recht behalten, welches von Anfang an dem cognitor überhaupt zustand; diesem vielmehr ist dasselbe Recht durch eine neue Praxis genommen worden. Jenes war die Regel, dieses die Ausnahme. Im älteren Rechte bestand zwischen Beiden dem Schuldner

gegenüber gar kein Unterſchied, ſondern dieſer lag nur in dem obligatoriſchen Verhältniſſe zwiſchen cognitor und dominus.

Es iſt eine ziemlich verbreitete Annahme, daß die Stellung des Vertreters zum dominus auch in Bezug auf die causa der Vertretung bei ſeiner Zulaſſung unterſucht, oder wohl gar durch einen Zuſatz in der Formel ausgedrückt worden wäre. Man meint, daß der bloße Bevollmächtigte etwa durch Einfügung der Bezeichnung cognitorio oder procuratorio nomine von dem wirklichen Succeſſor unterſchieden worden ſei. Dieſe Hypotheſe entbehrt alles Anhalts in den Quellen, und muß durchaus aufgegeben werden. Ein ſolcher Unterſchied kam, urſprünglich wenigſtens, gar nicht zur äußeren Erſcheinung. Der Prätor bekümmerte ſich vor der Litisconteſtation nur um die Legitimation des Klägers in abstracto. Dieſe wurde in den bekannten verſchiedenen Formen geführt, danach erforderlichen Falls der Cautionspunkt regulirt, und dann die Klagformel gegeben, welche für alle Fälle dieſelbe war. Wo eine Prüfung der materiellen Grundlage der Vertretung, eine causae cognitio vorkommt, iſt es immer nur nach der Litisconteſtation, wie z. B. bei der translatio judicii, ſpäter bei der Bewilligung der Judicatsklage und in ähnlichen Fällen. Es gab damals keine Legitimation ad causam, ſondern nur ad processum.

Succeſſion und Proceßvollmacht liefen alſo, wie ich ſchon oben geſagt habe, ununterſcheidbar in einander. Erſt von dem Augenblicke an, wo dem bloßen Bevollmächtigten durch Uebertragung der actio judicati eine exceptionelle Sonderſtellung gegeben wurde, ſchloß ſich auch der Gegenſatz deſſelben, der ſelbſtberechtigte und verpflichtete Succeſſor, zu einem abgegrenzten Begriff ab. Erſt von da an wurde der cognitor in rem suam zu einem ſelbſtſtändigen Inſtitut, welches die Grundſätze des älteren Rechts als etwas ihm Eigenthümliches beibehielt. Bis dahin hatte es nur einen cognitor überhaupt, ohne alle Qualification gegeben.

Es iſt gar nicht unwahrſcheinlich, daß auch die Bezeichnung *in rem suam* erſt in dieſer ſpäteren Periode entſtanden, oder wenigſtens techniſch geworden iſt. Jedenfalls verdient bemerkt zu werden, daß ſie in den Inſtitutionen des Gajus gar nicht vorkommt, auch wo man ſie wohl erwarten könnte, wie in der oben mitgetheilten Stelle über die Succeſſion (II. §. 39.).[1]) In den Digeſten findet ſich der Ausdruck allerdings in einer einzelnen von Gajus herrührenden Stelle, nämlich l. 34. de procuratoribus (3,3). Hier kann er aber ſehr wohl unächt ſein, da der Satz aus ſeinem urſprünglichen Zuſammenhange geriſſen und mit dem vorangehenden l. 33. §. 5. eod. in künſtliche Verbindung gebracht iſt. Im Uebrigen iſt der Ausdruck cognitor oder procurator *in rem suam* in keiner über das Zeitalter von Papinian zurückliegenden Quelle nachweisbar.

1) Aehnlich Gaj. II. §. 252.

Aus dem Bisherigen ergiebt sich nun ferner, daß die Bestellung eines Proceßvertreters in rem suam durchaus mit Unrecht auf ein Mandat — sei es ein wirkliches oder fingirtes — zurückgeführt wird. Es wird in dieser ganzen Lehre mit dem Begriff des Mandats derselbe Mißbrauch getrieben, den ich bereits bei der Erörterung der Delegation und Assignation gerügt habe. Mandat ist im römischen Sinne ein obligatorischer Vertrag zwischen dem dominus und seinem Bevollmächtigten, woraus jener die actio mandati directa, dieser die actio mandati contraria erwirbt. Wo dieser Erfolg nicht eintritt, besteht eben kein Mandat. *Mandatum* in rem suam ist ein widersinniger Ausdruck, dessen sich, wie schon bemerkt, die Römer niemals schuldig gemacht haben. Die richtigere Bezeichnung für das Verhältniß im Allgemeinen ist vielmehr wiederum *jussus*. Ueber den Unterschied zwischen beiden Begriffen brauche ich hier nur auf meine frühere eingehende Darstellung zurückzuweisen.

Was zunächst noch einmal den cognitor anbetrifft, so giebt weder der etymologische Sinn des Worts, noch dessen sonstiger Gebrauch [2]) eine Veranlassung, ihn mit einem Mandatsvertrage in unmittelbare Beziehung zu setzen. Cognitor ist eben Jemand, der alieno nomine agit, rem cognoscit, mag er dies nun ex causa mandati, wie gewiß sehr häufig, oder aus irgend einem anderen Grunde thun.

Anders verhält es sich allerdings mit dem procurator; dieser war ursprünglich wirklich bloßer Mandatar, und in allen anderen Anwendungen hat das Wort auch diese beschränkte Bedeutung behalten. Zuerst wurde der Ausdruck wahrscheinlich nur für den Generalbevollmächtigten gebraucht; später galt jeder auch nur für ein einzelnes Geschäft bestellte Mandatar als procurator.

l. 1. pr. §. 1. de procuratoribus (3,3).

In der besonderen Anwendung auf die Proceßvollmacht erlitt der Begriff aber dadurch eine sehr natürliche Modification, daß der Prätor die Vollmacht nicht prüfte, sondern nur Cautionsleistung verlangte. Dadurch verwandelte sich der procurator in eine auf gleicher Linie mit dem cognitor stehende, ganz allgemeine Nebenform des processualischen Vertreters. Man gebrauchte den Ausdruck nun nicht bloß für den ex mandato Auftretenden, sondern auch für jeden, der aus einer anderen Veranlassung alieno nomine in den Proceß eintrat. Ob dieser Sprachgebrauch schon dem prätorischen Edict selbst angehörte, kann vielleicht bezweifelt werden. Vielmehr scheint der Sachverhalt folgender gewesen zu sein. Das Edict hatte zwei Abschnitte, einen über den cognitor, den andern über die sonst alieno nomine auftretenden Personen. Der letztere hatte keine technische Bezeichnung.

Vergl. Vat. fragm. §§. 322. 323.

2) Vergl. darüber besonders Bekker processualische Consumtion S. 144 folg.

Der Hauptſatz daraus lautete nach l. 33. §. 3. de procuratoribus (3,3)[3])

> Cujus nomine quis actionem dari sibi postulabit, is eum viri boni arbitratu defendat, et ei quo nomine aget, id ratum habere eum ad quem ea res pertinet, boni viri arbitratu satisdet.

Hier iſt weder von einem procurator, noch von einem dominus die Rede; Jeder kann alieno nomine eine Klage erhalten, wenn er für die Genehmigung des Berechtigten Sicherheit ſtellt. Das Verhältniß zwiſchen dem Kläger und dem, von welchem er ſein Recht ableitet, bleibt ganz im Dunkeln.[4]) Wir haben z. B. unzweifelhaft hier auch die von Gajus (IV. §. 99.) in Bezug genommenen verba edicti vor uns, auf denen die Cautionspflicht der Tutoren und Curatoren beruhte; denn daß dieſe im Edict beſonders erwähnt geweſen ſein ſollten, iſt noch weniger anzunehmen. Zur Bezeichnung der alieno nomine Proceßführenden im Allgemeinen gebrauchte nun die ſpätere Wiſſenſchaft den von dem gewöhnlichſten Falle hergenommenen Ausdruck procurator. Der Zweifel an der Zuläſſigkeit dieſes Sprachgebrauchs zeigt ſich noch ſehr deutlich bei Gajus. Dieſer definirt den procurator im Gegenſatze zum cognitor dem urſprünglichen Wortſinne gemäß als bloßen Mandatar:

> Gaj. IV. §. 84. Procurator nullis certis verbis in litem substituitur, sed *ex solo mandato* et absente et ignorante adversario constituitur.

Demnächſt modificirt er aber dieſe Definition folgendermaßen:

> Quinetiam sunt qui putant, *vel eum procuratorem videri cui non sit mandatum*, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratem rem dominum habiturum; igitur[5]) *etsi non habeat mandatum, procuratorem tamen esse*, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est, et postea apud judicem ostenditur.

Aehnlich ſpricht übrigens auch ſchon Julian ganz unbefangen von einem procurator cui nihil mandatum fuerat.

3) Dagegen hat das Citat in l. 8. §. 3. eod. urſprünglich im edictum cognitorium geſtanden, denn nur für den cognitor nicht für den procurator, wie jetzt in der Stelle ſteht, beſtellte der dominus die cautio judicatum solvi.

4) Noch deutlicher iſt dieſe völlige Abſtraction von einem Vertretungsverhältniß erkennbar in der älteren Stipulationsformel für denſelben Zweck, welche einfach lautete: amplius non peti.

5) Oder ideo, idcircum; die Handſchrift iſt in dem Schlußſatze lückenhaft, und die Herausgeber ergänzen ſtatt procuratorem tamen esse vielmehr agere tamen posse. Ich halte die im Texte gegebene Lesart — die übrigens den Sinn nur präciſer wiedergiebt, nicht ſachlich verändert — dem Zuſammenhange für entſprechender. Die Zulaſſung des unlegitimirten procurator ſetzt Gajus als ſelbſtverſtändlich voraus. Nur der Name ſoll — ganz im Geiſte der Römer — dadurch gerechtfertigt werden, daß auch ein ſolcher Vertreter ſich ſpäter möglicherweiſe als wirklicher Mandatar ausweiſt.

l. 22. §. 3. ratam rem haberi (46,8).

Zunächſt iſt dabei meiſtens an den negotiorum gestor gedacht, bei welchem der Gegenſatz dadurch beſonders fühlbar wird, daß er ohne jeden vorgängigen Conſens des dominus auftritt. Vorhanden iſt derſelbe Gegenſatz aber ſchon da, wo ein Conſens zwar ertheilt iſt, aber zufolge eines anderen Rechtsgeſchäfts, wie eines Mandatsvertrages. Auch in dieſem Falle iſt der procurator nicht mehr Mandatar. Nur vermöge dieſer Verallgemeinerung des Begriffes wurde es möglich, ebenſo wie von einem cognitor, auch von einem procurator *in rem suam* zu ſprechen. Die römiſchen Juriſten ſind ſich deſſen viel beſſer bewußt, als die heutigen, wie namentlich aus der folgenden, bereits S. 71 angeführten Stelle hervorgeht:

> l. 42. §. 2. de procuratoribus (3,3). Ea obligatio, quae intur dominum et procuratorem [6]) consistere solet, mandati actionem parit. Aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati, sicut evenit, quum in rem suam procuratorem praestamus, eoque nomine judicatum solvi promittimus. Nam si ex ea promissione aliquid praestiterimus, non mandati sed ex vendito, si hereditatem vendidimus, vel ex pristina causa mandati agere debemus, ut fit cum fidejussor reum procuratorem dedit.

Hiernach iſt alſo der procurator, ebenſo wie der cognitor, eine völlig abſtracte, von der Unterlage eines bloßen Mandats losgelöſte Form der Vertretung im Proceß,[7]) welche zugleich eine wirkliche Uebertragung des Rechts auf den Vertreter involvirte. Durch die Litisconteſtation wurde dieſe Uebertragung vollzogen, durch die Klagformel erhielt ſie ihren techniſch feſtſtehenden Ausdruck.

Wir haben durchaus nicht nöthig, die Abſicht der Partheien bei dieſer Uebertragungsform immer auf einen wirklichen Rechtsſtreit gerichtet zu denken, zu welchem gar keine Veranlaſſung vorlag, wenn das abgetretene nomen anerkannt war, was wir doch als die Regel vorausſetzen müſſen. Der cognitor oder procurator konnte ja nach vollzogener Litisconteſtation den Proceß liegen laſſen. Dann war der Zweck für ihn vollſtändig erreicht; das Recht des dominus war zerſtört, das ſeinige erworben. In einem judicium quod imperio continetur, und ſeit der lex Julia judiciaria auch im judicium legitimum war der Kläger allerdings dann der Gefahr ausgeſetzt, ſein Recht durch die kurze Proceßverjährung zu verlieren. Dem konnte aber, wo der Schuldner längeren Credit haben ſollte, durch eine auf die Litisconteſtation, ſei es in judicio, ſei es noch in jure, folgende confessio vorgebeugt werden, durch welche

6) Es iſt möglich, daß auch dieſe Stelle urſprünglich von dem cognitor geſprochen hat; für unſeren Zweck würde ſie deshalb nicht minder beweiſend ſein.

7) Eine gelegentliche Andeutung der richtigeren Auffaſſung dieſes Punktes finde ich bei Kuntze Obligation S. 345.

dann zugleich der Nebenzweck erreicht wurde, daß der successor ein neues selbstständiges Klagefundament erhielt. Auf diese Weise konnte sich die Litiscontestation ohne irgend eine Abweichung von den allgemeinen Proceßgrundsätzen gewissermaßen zu einem Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit umbilden, und es fehlt nicht an Stellen, die in der That auf einen ähnlichen Gebrauch hindeuten, z. B. Vat. fragm. §. 263., c. 2. de O. et A. (4,10) und vielleicht l. 96. §. 2. de solutionibus (46,3).[8]) Am interessantesten ist aber in dieser Beziehung c. 33. de donationibus (8,54), die bekannte Justinianische Constitution über die Cession donationis titulo, in welcher einer, wie es scheint, der späteren Kaiserzeit angehörigen Ergänzung dieser Form gedacht wird:

> nisi litem contestati essent, vel *jus contestationis divino rescripto meruissent.*

Weiterhin ward geradezu eine litiscontestatio petita der facta gleichgestellt, und es zeigt sich damit deutlich, daß die Vorstellung eines Proceßacts völlig verloren gegangen war.

Diese Betrachtung verdeutlicht von Neuem den vollständigen Parallelismus zwischen Litiscontestation und Novation, der auch auf diesem Gebiete den älteren Rechtszustand beherrschte. Die Vergleichung beider Formen ist besonders geeignet, das Gesagte zu erläutern und zu ergänzen. Der novirende Gläubiger konnte ebensogut in rem suam und in rem domini zur Stipulation ermächtigt sein, wie der cognitor oder procurator zur Klage. Ich habe auf das Vorkommen solcher Fälle, wo der Novationsstipulation eine bloße Vertretung zu Grunde lag, und der neue Gläubiger eigentlich wiederum für den alten erwerben sollte, bereits aufmerksam gemacht. Es wiederholt sich hier in Bezug auf die Wirksamkeit der Novation das ganze Detail, welches bei der Zulassung zum Proceß zur Sprache kam, nur daß der Consens hier von Hause aus nicht an eine bestimmte Form gebunden war, weil das ganze Geschäft dem Einflusse der obrigkeitlichen Mitwirkung entzogen war.

> l. 20. pr. h. t. Novare possumus aut ipsi, si sui juris sumus, aut *per alios qui voluntate nostra stipulantur.*

Der vorgängigen Ermächtigung stand wiederum die nachträgliche Genehmigung gleich:

> l. 22. h. t. Si quis absente me a debitore meo stipulatus sit novandi animo, *et ego postea ratum habuero, novo obligationem.*

Der Generalbevollmächtigte bedurfte keines speciellen Consenses, ebenso wurde dem tutor die Novation namens des Pupillen gestattet:

> l. 20. §. 1. h. t. Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare; *tutor potest*, si hoc pupillo expediat, *item procurator omnium bonorum.*

8) Siehe diese Stellen oben S. 35, 36.

l. 22. de administratione tutorum (26,7). Tutor ad utilitatem pupilli *et novare et in judicium deducere potest.*[9])

In der letzten Stelle ist die Uebereinstimmung zwischen Novation und Litiscontestation ausdrücklich hervorgehoben. Es versteht sich von selbst, daß in allen diesen Fällen der Vertreter zwar die Obligation des dominus zerstörte, die neue aber für sich erwarb. Der procurator wie der tutor wurden selbst Gläubiger und blieben nur mit der actio mandati und tutelae für den Erfolg verhaftet; umgekehrt wurden sie auch durch Passivsuccession selbst Schuldner und behielten nur ihren Regreß an den dominus oder Pupillen. Dasselbe gilt auch von dem Vertreter einer universitas.

l. 3. §. 2. de administratione rerum (50,8).

Das Verhältniß ist also hier überall dasselbe, wie es bei der Vertretung im Proceß ursprünglich war. Der Unterschied zwischen beiden Formen der Succession ist erst in der späteren Entwickelung eingetreten, dadurch, daß bei der Proceßführung in rem domini eine unmittelbare Rückwirkung auf das Recht des Vertretenen ermöglicht wurde, bei der Stipulation nicht.

Wir dürfen uns hiernach die Benutzung der Successionsformen für den Zweck der Stellvertretung auch thatsächlich nicht etwa in dem einen Fall als die Regel, in dem anderen als die Ausnahme denken. Die Succession ex causa mandati war das eine wie das andere Mal nur eine besondere Anwendung der allgemeinen Form, welche sich in ihrer äußeren Erscheinung durch nichts von anderen unterschied. Novation wie Litiscontestation waren völlig abstracte, von ihrer causa unabhängige Uebertragungsacte.

Es ist hiernach wiederum völlig unrichtig, wenn das Rechtsgeschäft zwischen der alten und neuen Parthei auch bei der Novation als ein Mandat aufgefaßt wird, etwa als ein mandatum stipulandi bei der Activ- und ein mandatum promittendi bei der Passivsuccession. Auch hier liegt nur in den besonderen Fällen ein Mandat vor, wo die causa der Succession in einem Vollmachtsvertrage besteht, der die actio mandati erzeugt. Im Allgemeinen kann das Verhältniß nur als ein *jussus* bezeichnet werden, und dieser Unterschied ist denn hier auch im Sprachgebrauche der Quellen auf das Schärfste aufrecht erhalten worden. Man vergleiche in dieser Beziehung folgende Stellen:

Paul. rec. sent. V. 8. §. 1. Non solum per nosmet ipsos novamus, quod nobis debetur, sed per eos etiam, per quos stipulari possumus, veluti per filiumfamilias vel servum *jubendo* vel ratum habendo. Procurator quoque noster *ex jussu nostro* receptum est, ut novare possit.

9) Vergl. zu dem Ganzen auch die weiter unten abgedruckte Stelle Paul. rec. sent. V., 8. §. 1.

Gaj. II. §. 38. Opus est, ut *jubente me* tu ab eo stipuleris; — quae dicitur novatio obligationis.

und beſonders

l. 34. pr. h. t. Dubitari non debet, quin filius servusve, cui administratio peculii permissa est, novandi quoque peculiaria debita jus habeat; utique si ipsi stipulentur, maxime si etiam meliorem suam conditionem eo modo faciant; nam si alium *jubeant* stipulari, interest utrum *donandi animo alium jubeant* stipulari, an *ut ipsi filio servove negotium gerat, quo nomine etiam mandati actio peculio acquiritur.*

Hier iſt überall von der allgemeinen Uebertragungsform die Rede, die gelegentlich auch dem Mandatsvertrage dienſtbar gemacht werden kann. Dagegen braucht andrerſeits ein wirkliches mandatum stipulandi nicht immer auf eine Novationsſtipulation gerichtet zu ſein. Immer aber wird in dieſem Falle der Mandatsvertrag als causa der Stipulation jeder andern Baſis derſelben beſtimmt entgegengeſtellt, z. B.

l. 10. §. 6. mandati (17,1). Si cui *mandavero* ut a Titio stipuletur, *potero cum eo cui mandavi, agere mandati*, ut eum accepto liberet, si hoc velim; vel, si malim, in hoc agam, ut eum deleget mihi, vel si cui alii voluero.

l. 59. pr. eod. Si *mandatu* Titii Calpurnius pecuniam quam Titius credebat, stipulatus esset, *non donandi animo, mandati judicio eum* ab herede Titii *posse conveniri*, ut actiones suas praestet.

l. 11. de dote praelegata (33,4) — Si Quintus Mucius *mandante* Seja, *non donationis causa* stipulatus est, *heredibus mulieris eum teneri.*

Aehnlich l. 37. §. 4. de legatis III. (32,1).

Die Römer würden mit derſelben Genauigkeit auch bei der Litiscontestation geſagt haben *jussu* alicujus agere, defendere, litem contestari, wenn ihnen nicht in dieſem Zuſammenhange die Bezeichnung der neuen Parthei als cognitor oder procurator viel näher gelegen hätte.

§. 59. Gegenſatz von Activ- und Paſſivſucceſſion. Verhältniß beider zur Delegation.

Ich habe bisher von der Succeſſion im Allgemeinen geſprochen, ohne dem Gegenſatz zwiſchen Activ- und Paſſivſucceſſion mehr als gelegentliche Aufmerkſamkeit zuzuwenden. Für das ältere Recht iſt eine

ſolche Behandlung des Gegenſtandes möglich, weil beide Fälle dort wenigſtens die Formen des Vollzugsactes (Novation und Litisconteſtation) mit einander gemein haben. Ihre Berührung mit einander iſt aber in der That auf das formelle Element beſchränkt, und deshalb verſchwindet ſie in der ſpäteren Entwickelung, je mehr der materielle Inhalt des Rechtsgeſchäfts in den Vordergrund tritt. Wir werden im Verfolg der Unterſuchung beide Fälle vollſtändig von einander zu ſondern haben.

Aber auch ſchon im älteren Recht iſt die innere Verſchiedenheit beider nicht ohne erhebliche Bedeutung und wir müſſen deshalb hier noch etwas näher darauf eingehen.

Die Activſucceſſion in eine Obligation iſt ein Erwerb des successor auf Koſten des auctor; jener bereichert ſich um daſſelbe Vermögensſtück, deſſen ſich dieſer entäußert. Es findet hier ganz daſſelbe Verhältniß ſtatt, wie bei der Succeſſion in andere Rechte, z. B. in das Eigenthum. Es wird eben ein Werthobject, eine res, wenn auch nur incorporalis, aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen übertragen. Die Function dieſer Uebertragung als Beſtandtheil eines materiellen Rechtsgeſchäfts zwiſchen auctor und successor iſt vollkommen gleichartig mit der der Tradition. Die Obligation, das nomen, kann verkauft, vertauſcht, verſchenkt, in solutum, in dotem gegeben werden, wie ein Grundſtück oder ein Sklave.

Bei der Paſſivſucceſſion ſteht die Sache umgekehrt. Hier bereichert ſich vielmehr der auctor auf Koſten des successor; jener wird von derſelben Verbindlichkeit befreit, welche dieſer übernimmt. Die Vermögenszuwendung findet alſo gerade in der entgegengeſetzten Richtung ſtatt, wie die Uebertragung. Dadurch unterſcheidet ſich die Paſſivſucceſſion von allen anderen Arten der Singularſucceſſion auf das Weſentlichſte.

Die nächſte Conſequenz dieſer Eigenthümlichkeit iſt die, daß die Paſſivſucceſſion nicht nothwendig die Natur eines Vertrages zwiſchen auctor und successor hat. Sie bedarf nicht des Conſenſes des Schuldners, der bloß Vortheil davon zu erwarten hat. Ja ſie kann ohne deſſen Wiſſen und ſogar gegen ſeinen Willen in Wirkſamkeit treten.

l. 8. §. 5. i. f. h. t. *Liberat me is, qui quod debeo promittit, etiam si nolim.*

l. 23. de solutionibus (46,3). — Judicium pro nobis accipiendo *et inviti et ignorantes liberari possumus.*

Novation und Litisconteſtation fungiren in dieſem Falle als zerſtörende Formalacte ebenſo direct und unbedingt, wie unter denſelben Partheien. Und zwar tritt dieſer Erfolg ſelbſt dann ein, wenn gar keine materielle Verbindlichkeit des neuen Schuldners beabſichtigt iſt, wie ich bereits (S. 151) bei Betrachtung von l. 91. de solutionibus (46,3) nachgewieſen habe.

Bei der Activsucceſſion iſt dagegen die Wirkung der Form bedingt durch den materiellen Conſens des Gläubigers. Wenn es an dieſem fehlt, wird der Erfolg des Formalacts verhindert. Und zwar geſchieht dies in Bezug auf das liberatoriſche Element der Succeſſion direct, die frühere Obligation bleibt unverändert beſtehen. Non aufert mihi actionem. Dies gilt für die Novation wie für die Litisconteſtation. Bei der letzteren konnte der Fall nur dann eintreten, wenn ein procurator, nicht wenn ein cognitor klagte. Die Beſtellung des cognitor machte den Conſens des Gläubigers ihrer Natur nach unzweifelhaft; in dieſem Sinne heißt es von ihm domini loco habetur (Gaj. IV. §. 97.) dagegen vom procurator

> ibid. §. 98. — periculum est, ne iterum dominus de eadem re experiatur; quod periculum non intervenit, si per cognitorem actum fuit, quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit.

Was das obligatoriſche Element der Succeſſion anbetrifft, ſo wurde hier der Erfolg durch den fehlenden Conſens allerdings nicht direct afficirt. Der Stipulant ſowohl wie der klagende procurator erwarb an ſich eine gültige Forderung. Der Promittent und der Beklagte wurde das Object jure civili zum zweitenmale ſchuldig. Gegen die Realiſirung dieſer zweiten Forderung konnte er ſich aber mit denſelben Mitteln ſchützen, die auch ſonſt jedem sine causa Verpflichteten zuſtanden: mit einer exceptio doli und einer condictio, welche letztere vor erfolgter Zahlung auf Liberation, nach derſelben auf Rückerſtattung ging. Dieſe doppelte Vertheidigung konnte ſowohl der Promittent gegen den Stipulanten, als der verurtheilte Beklagte gegen den falsus procurator gebrauchen.[1]) Dieſer mußte ſich insbeſondere die exceptio doli auch vor ergangenem Urtheil, noch in judicio, gefallen laſſen. Nur zur Verſtärkung dieſes Schutzes durch Bürgſchaft diente die cautio ratam rem haberi, von welcher deshalb geſagt wird: in locum condictionis interponitur.

> l. 25. §. 1. ratam rem haberi (46,8).

Uebrigens war dieſelbe keineswegs ausſchließlich eine prätoriſche Proceßſtipulation, ſondern konnte ebenſogut bei jedem anderen Rechtsgeſchäft, alſo auch bei der Novation gebraucht werden.

> l. 10—12. pr. eod.

1) Cujaz (lib. 11. respons. Papin. ad l. 2. ratam rem haberi) und nach ihm neuerdings Liebe (Stipulation S. 191) haben behauptet, daß eine ſolche Condiction propter auctoritatem rei judicatae nicht zuläſſig geweſen ſei. Dieſe Wirkung der res judicata (l. 36. familiae erciscundae 10,2, l. 29. §. 5. mandati 17,1) beſchränkte ſich aber doch wohl auf die condictio indebiti, während die hier in Rede ſtehende Condiction im Allgemeinen eine condictio causa data causa non secuta war (l. 14. de condictione causa data causa non secuta 12,4). Vergl. darüber auch Bethmann-Hollweg Verſuche S. 107.

Ich habe im vorigen Paragraphen die allgemeine Form des Consenses zwischen auctor und successor als einen jussus definirt. Mit Rücksicht darauf kann man den besprochenen Gegensatz zwischen Activ- und Passivsuccession auch so ausdrücken: für jene ist der jussus des auctor ein wesentliches Element, für diese nicht. Dies führt uns zu einigen weiteren Betrachtungen über die innere Verschiedenheit beider Geschäfte.

Erinnern wir uns der genaueren Bestimmung, welche die frühere Untersuchung für den Begriff des jussus ergeben hat. Jussus heißt die Willenserklärung, vermöge deren Jemand zu einer Handlung für Rechnung des jubens dergestalt angewiesen wird, daß die Wirkung auf dessen Vermögen unmittelbar zurückbezogen werden kann, aber nur dann, wenn diese Wirkung dem jubens zur Last fällt, wenn sie sein Vermögen vermindert. Die letztere Beschränkung ist für den Begriff durchaus wesentlich; ein Erwerb, eine Bereicherung kann niemals als solche Gegenstand eines jussus sein. Danach scheint es, als könnte wohl bei der Passivsuccession von einem jussus promittendi oder defendendi, nicht aber bei der Activsuccession von einem jussus stipulandi oder agendi gesprochen werden. Dieser Umstand klärt sich auf durch den Unterschied, der auch in der Beziehung des einleitenden Consenses zu dem Vollzugsact zwischen beiden Fällen besteht. Novationsstipulation und Litiscontestation sind nicht bloß Erwerbs- sondern zugleich Tilgungshandlungen. Nicht auf ihren obligatorischen, sondern auf ihren liberatorischen Bestandtheil richtet sich der jussus bei der Activsuccession. Der jubens verliert die alte Obligation, weil er seinem Nachfolger gestattet hat, den zerstörenden Formalact für seine Rechnung vorzunehmen. Der Gewinn aus dieser Zerstörung kommt nicht dem neuen Gläubiger, sondern dem Schuldner zu Gut. Darum ist der jussus hier nicht etwa die Basis für das materielle Rechtsgeschäft zwischen auctor und successor, für den Valutavertrag, wie vorkommenden Falls das concurrirende Mandat; sondern er liefert nur dem Schuldner die Deckung dafür, daß dieser sich dem neuen Gläubiger verpflichtet. Das Deckungsgeschäft, in der Liberation des Schuldners von dem früheren Gläubiger bestehend, versteckt sich hier vollständig in dem Successionsacte selbst, es ist von diesem absorbirt. Darin liegt der Grund, weshalb die Succession ohne den jussus gar nicht bestehen kann.

Ganz anders ist das Verhältniß bei der Passivsuccession. Hier ist umgekehrt der Valutavertrag — die Liberation des früheren Schuldners — von dem Successionsacte absorbirt. Das Deckungsgeschäft liegt außerhalb desselben und damit auch der jussus. Wenn hier der successor jussu seines auctor promittirt oder den Proceß übernimmt, so hat dies die neue Folge, daß die Verpflichtung des successor diesem

zugleich als eine ihm geschehene Leistung zugerechnet wird. Der jussus promittendi oder defendendi hat hier dieselbe charakteristische Bedeutung, wie bei der Delegation. Die Passivsuccession geht damit in eine wirkliche Delegation über, nur nicht in eine reine Delegation, sondern in eine titulirte, weil die Leistung, welche den Gegenstand des jussus bildet, durch die Identität der neuen Obligation mit der alten specialisirt ist.

Wenn dieses zu der Delegation hinüberführende Element fehlt, bleibt nichts destoweniger die Passivsuccession bestehen. Darauf beruht die Unterscheidung, welche die herrschende Lehre zwischen Delegation und Expromission macht. Der Delegat handelt jussu delegantis, der bloße Expromissor — worunter hier zugleich der defensor mitverstanden werden mag — auf seinen eigenen Antrieb. Dieser Gegensatz innerhalb der Passivsuccession ist vollkommen correct und quellengemäß, sofern man nur daran festhält, daß damit der Begriff der Delegation nicht erschöpft wird, sondern nur ein zufälliges Zusammentreffen der Kriterien von Delegation und Succession vorliegt.

Dagegen ergiebt sich schon aus dem Vorigen, daß die Activsuccession — auch wenn wir für jetzt bei den Formen des älteren Rechts stehen bleiben — mit Unrecht der Delegation zugezählt wird. Ich habe in der Einleitung (§. 3.) hervorgehoben, daß die Novation mit Veränderung in der Person des Gläubigers überhaupt erst seit Mühlenbruch wieder von der gemeinen Lehre in Betracht gezogen worden ist. Diesem fallen denn auch hauptsächlich die Mißverständnisse zur Last, welche sich bei dieser Gelegenheit eingebürgert haben.

Die Meisten haben sich auf eine Prüfung des Consenses des Gläubigers bei diesem Novationsfall seiner inneren Natur nach gar nicht eingelassen. Es genügt ihnen, daß die Mitwirkung aller drei bei dem Geschäft betheiligten Personen erforderlich ist. Darum muß es eine Delegation sein. Diejenigen Schriftsteller, welche der Delegation ein doppeltes Mandat zur Grundlage geben, ein mandatum stipulandi und promittendi, wie der Assignation ein mandatum accipiendi und solvendi, finden hier wenigstens in dem einen Bestandtheil dieser Doppelanweisung (ich sehe dabei von der Verwechselung von mandatum und jussus ganz ab) eine ausreichende Handhabe, um die Benennung Delegation aufrechtzuhalten. Ich habe früher bereits nachgewiesen, daß auch diese Auffassung eine unrichtige ist. Das Verhältniß zwischen Delegaten und Delegatar beruht gar nicht auf einem mandatsartigen Zwischengeschäft, sondern nur der jussus promittendi ist das charakteristische Element der Delegation.

Nun läßt sich allerdings auch die Activsuccession allenfalls auf einen solchen jussus promittendi zurückführen, wenn man die Sache so auffaßt, daß der Schuldner von seinem Gläubiger angewiesen wird, das

Object seiner Schuld als solches einem Dritten zu promittiren. Dies ist z. B. die Construction von Liebe (Stipulation S. 199 siehe S. 19), welche der richtigen Vorstellung von der Delegation bei weitem näher kommt. Für diese findet sich auch einiger Anhalt in den Quellen, welche gelegentlich in der That den drei Personen diese Stellung gegen einander gegeben haben. Dies ist in den zwei bereits mehrfach erörterten Stellen geschehen, welchen eine Vergleichung unseres Falles mit der reinen Delegation zu Grunde liegt, nämlich l. 27. h. t. und l. 37. §. 4. de operis libertorum (38,1). (S. 127, 128.) Dort ist denn auch die Activsuccession als eine in eigenthümlicher Art titulirte Delegation dargestellt. Indessen liegt es auf der Hand, daß diese Auffassung eine höchst künstliche ist. Besonders tritt dies hervor, wenn man die Succession per litiscontestationem mit berücksichtigt. Hier müßte man sich das Verhältniß so denken, daß der Schuldner angewiesen wird, sich von einem cognitor oder procurator des Gläubigers verklagen zu lassen. Unter der delegatio per litiscontestationem ist daher unzweifelhaft nur die Passivsuccession gemeint. Die l. 11. h. t., die einzige Stelle, welche dieser Form gedenkt, bestätigt dies um so mehr, als die vorangegangene (die delegatio per stipulationem mit umfassende) Definition ausdrücklich sagt

> Delegare est vice sua alium *reum dare* creditori.

Die Activsuccession würde vielmehr in einem vice sua alium *actorem* dare bestehen.[2])

Auch für die delegatio per stipulationem kann die Ausdehnung des Begriffes auf die Activsuccession nur als eine exceptionelle gelten. Die Beweisstellen, welche Mühlenbruch und nach ihm viele Andere in Bezug genommen haben, sind völlig unzutreffend. C. 2. de O. et A. (4,10) und c. 11. de donationibus (8,54) sind schon S. 35, 36 näher besprochen worden; sie beziehen sich gar nicht auf die delegatio debitoris, also die eigentliche Delegation, sondern auf die delegatio nominis, das vorbereitende Stadium der Activsuccession per litiscontestationem. Noch verfehlter ist die Berufung auf c. 3. h. t.

> Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen ante quam lis contestetur, — exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris. — Quodsi delegatione facta, jure novationis tu liberatus es, frustra

2) Von den Formeln, welche Keller Litiscontestation S. 90, Note 5 giebt, ist demnach nur die letzte auf die Delegation zu beziehen. — Auch in der Darstellung von Bähr, welche sonst das Bild des älteren Rechtszustandes von allen am treuesten giebt, ist hiernach die Bezeichnung der Activsuccession als Delegation (Jahrbücher für Dogmatik I. S. 368 bes. Note 16) sprachlich zu berichtigen.

vereris, ne — ad te periculum redundet, quum per verborum obligationem, voluntate novationis interposita, a debito liberatus sis.

Diese Stelle, welche uns noch mehrfach beschäftigen wird, bespricht zwei nicht nur durch die Form, sondern auch durch ihren Inhalt verschiedene Rechtsgeschäfte. Im ersten Theile ist von einer Activsuccession durch Litiscontestation, im zweiten von einer Passivsuccession durch Novationsstipulation die Rede. Der letztere Umstand hätte nicht, wie bisher meistens geschehen, übersehen werden sollen; die Stelle sagt ganz deutlich, daß Gegenstand der Novation die Schuld des Deleganten (tu) an den Delegatar (creditor) ist, daß also hier an eine Veränderung in der Person des Schuldners gedacht ist. Beide Fälle haben nur das praktische Resultat mit einander gemein, daß zwei Schuldverhältnisse gleichzeitig dadurch getilgt, und ein neues an ihre Stelle gesetzt wird. Sie unterscheiden sich wesentlich auch durch den Inhalt der neuen Obligation, welcher das einemal der früheren Forderung des Gläubigers, das anderemal der früheren Verbindlichkeit des Schuldners entnommen wird.

Vielleicht ist es nicht überflüssig, den Gegensatz noch durch eine Parallele mit den heutigen Formen für dieselben Rechtsgeschäfte zu erläutern. Nehmen wir also beispielsweise an: A. hat von B. hundert Kaufgeld zu fordern, und schuldet dem C. hundert aus einem Darlehn; die gemeinschaftliche Absicht aller drei Personen geht dahin, daß A. von C. und B. von A. frei werden, und dagegen nur B. hundert an C. schuldig bleiben soll. Dieser Zweck kann auf verschiedene Weise erreicht werden:

Erster Fall. Activsuccession. A. cedirt dem C. seine Kaufgeldforderung an B. gegen Befreiung von seiner gleich hohen Darlehnsschuld (in solutum) und B. nimmt den C. als seinen Gläubiger an. Hier hat die neue Obligation die Eigenschaften des Kaufgeldes behalten, C. ist an Stelle des A. Gläubiger geworden.

Zweiter Fall. Passivsuccession. B. übernimmt die Darlehnsschuld des A. bei dem C. gegen Aufgabe seiner Kaufgeldforderung (wie wir zu sagen pflegen in partem pretii), und C. nimmt den B. als seinen alleinigen Schuldner an. Hier ist die neue Obligation Darlehn geblieben, B. ist an Stelle des A. Schuldner geworden.

Jenes ist der erste, dieses der zweite Fall der c. 3. h. t. Endlich liegt aber noch folgende Möglichkeit vor, die wir zur Vervollständigung des Bildes mit in Betracht zu ziehen haben:

Dritter Fall. Reine Delegation. A. stellt eine Anweisung (oder einen Wechsel) für C. auf B. aus. B. acceptirt

dieſelbe und C. nimmt ſie anſtatt Zahlung[3]). Auch hier iſt A. von C. und B. von A. frei, dagegen B. Schuldner des C. geworden. Aber hier iſt die neue Obligation weder Kaufgeld, noch Darlehn, ſondern ſie beruht auf einem bloßen Summenverſprechen und bildet ein reines Abſtractum. In dieſem Falle hat keine Succeſſion, weder eine active noch eine paſſive ſtattgefunden.

Wenn wir zu der Geſtalt dieſer Fälle im älteren römiſchen Recht zurückkehren, ſo haben die beiden Succeſſionsfälle ihre Gemeinſamkeit in der Vollzugsform: Litisconteſtation oder Novationsſtipulation; bei der reinen Delegation wurde certa pecunia ſtipulirt oder expenſoferirt. Dagegen theilt die Paſſivſucceſſion die Eigenthümlichkeit der Delegation in Bezug auf die vorbereitende Stellung der Partheien. Das Verhältniß aller drei Fälle läßt ſich alſo durch folgendes Tableau veranſchaulichen:

	Einleitendes Geſchäft:	Vollzugsact:	
Succeſſion Activ.	jussus agendi (Beſtellung eines cognitor oder procurator pro actore)	Litisconteſtation mit der Formel: si paret N^m. N^m. Sejo dare oportere	
	jussus stipulandi	Novationsſtipulation: quod Sejo debes mihi dare spondes?	
Succeſſion Paſſiv.	jussus defendendi (Beſtellung eines cognitor oder procurator pro reo)	Litisconteſtation mit der Formel: si paret Titium A^o. A^o. dare oportere	titulirte Delegation.
	jussus promittendi	Novationsſtipulation: quod Titius debet dare spondes?	
	jussus promittendi	stipulatio certi	reine Delegation.
	jussus acceptum referendi	Expenſilation	

So wenig es einem heutigen Juriſten einfallen würde, dieſe innerlich ſo ſehr verſchiedenen Fälle mit einander zu verwechſeln, ſo wenig geſchah dies bei den Römern. Nur der gänzliche Mangel aller Detailunterſuchung hat die herrſchende Lehre beſtimmen können, ſie unter dem Namen der Delegation ſämmtlich in einen Topf zu werfen. Ich habe ſchon in der Einleitung S. 5 auf die divergirenden Anſichten und die erſten Unterſcheidungsverſuche Einzelner aufmerkſam gemacht. Man iſt ſich neuerdings wenigſtens darüber klar geworden, daß Gegenſtand der Novation immer nur eine Forderung ſein kann. Damit gelangte man aber nur zur Sonderung zweier Fälle, der Activ- und Paſſivſucceſſion. Erſt mit der ferneren Unterſcheidung zwiſchen reiner und titulirter Delegation kann die Aufgabe einer erſchöpfenden Sichtung gelöſt werden.

3) Dies iſt nach heutigem Recht, wo Anweiſung an ſich keine Zahlung iſt, ein auf der Willkür der Partheien beruhendes Nebenabkommen; im römiſchen Recht war es die nothwendige Folge der Delegation ſelbſt.

Um mißverständlichen Beschränkungen der mit einander verglichenen Begriffe zu begegnen, will ich zu der gegebenen Tabelle nur noch bemerken, daß die Voraussetzung zweier gleichzeitig zu tilgenden Obligationen, welche ihr zu Grunde liegt, eine besonders gemachte, keine nothwendige ist. Jede Succession setzt nur eine Obligation, in die succedirt werden soll, die reine Delegation gar keine als bestehend voraus. Bei der Activsuccession kann der Valutavertrag, bei der Passivsuccession der Deckungsvertrag, bei der reinen Delegation beide, beliebigen, nicht blos liberatorischen Inhalts sein. In diesem erweiterten Rahmen findet dann innerhalb der Passivsuccession auch die Expromission Platz, bei welcher das Deckungsgeschäft — wenn man diese Bezeichnung so weit ausdehnen will — in der freiwilligen Intercession des neuen Schuldners besteht.

Zweites Kapitel.

Die Activſucceſſion.

§. 60. Der Verkehr mit Forderungen in ſeiner älteren Geſtalt. Stellung des procurator in rem suam vor der Litisconteſtation.

Die praktiſche Eigenthümlichkeit der Singularſucceſſion in den Formen des älteren Rechts beſtand, wie bemerkt, darin, daß ſie nicht ohne Mitwirkung des dritten Betheiligten zu Stande kommen konnte. Dieſer mußte mit dem successor contrahiren, ſei es in der Form der Stipulation oder des judicium. Bei der Activſucceſſion mußte alſo der Gläubiger, der ſeine Forderung übertragen wollte, zugleich den Schuldner um ſeine Theilnahme an dem Geſchäft angehen. Die Bereitwilligkeit deſſelben zu einer ſolchen Theilnahme haben wir als Regel anzunehmen, da der Schuldner ja meiſtens ebenſogut wie der Gläubiger ein Intereſſe an dem Zuſtandekommen der Succeſſion hat, welche ihn zunächſt der Bezahlung ſeiner Schuld überhebt. Indeſſen kann eine ſolche Bereitwilligkeit natürlich nicht unbedingt vorausgeſetzt werden, und deshalb war es dem praktiſchen Werthe nach ein Vorzug der Succeſſion per litiscontestationem vor der per novationem, daß bei jener die Mitwirkung des Schuldners erzwungen werden konnte, bei dieſer nicht. Dieſer Umſtand hatte die leicht erklärliche Folge, daß für die Activſucceſſion die Litisconteſtation im gewöhnlichen Geſchäftsverkehr die bei weitem gebräuchlichere Form wurde.

Die obrigkeitliche Rechtshülfe, mittelſt deren der Schuldner zur Litisconteſtation mit einem successor angehalten werden konnte, war von verſchiedener Beſchaffenheit, je nachdem derſelbe als cognitor oder als procurator für den Proceß beſtellt wurde. Die Beſtellung eines cognitor erforderte ſelbſt wiederum die Mitwirkung oder wenigſtens die Gegenwart des Schuldners, und wenn er ſich dazu nicht freiwillig verſtand, ſo mußte ihn der auctor ſeinerſeits in jus vociren. Bei der Beſtellung eines procurator war dieſe Vorbereitung nicht erforderlich;

dieſem konnte der auctor überlaſſen, den Prätor ſelbſt anzugehen, ſeine Thätigkeit brauchte ſich nicht über die formloſe Ermächtigung zur Klage auszudehnen. Durch die Zulaſſung der freieren Form proceſſualiſcher Vertretung war alſo für die Bequemlichkeit der Partheien ein neuer Fortſchritt gemacht.

Mit Hülfe der cautio de rato konnte der *procurator* in rem suam ſogar urſprünglich jede Mitwirkung ſeines auctor umgehen; nur wenn er von dieſer Sicherheitsbeſtellung befreit ſein wollte, mußte er ſich mit einer Legitimation verſehen. Dies war aber ein Anſpruch, der jedenfalls auch in der älteren Zeit ſchon im gewöhnlichen Geſchäftsverkehr regelmäßig erhoben wurde; nothwendig aber von dem Zeitpunkte an, wo unlegitimirte Vertreter überhaupt nicht mehr zum Proceſſe zugelaſſen wurden. Die Beſtellung eines procurator in rem suam erforderte alſo ebenfalls eine gewiſſe Form, nämlich diejenige, welche der Prätor für den Erlaß der cautio de rato verlangte, d. h. entweder perſönliche Gegenwart des auctor (procurator praesentis) oder ſchriftliche Erklärung deſſelben zu den Acten (procurator apud acta factus). Das Gewöhnlichſte war wohl in ſpäterer Zeit eine ſchriftliche außergerichtliche Erklärung an den Schuldner, wie ſie Modeſtin in l. 65. de procuratoribus (3,3) beſchreibt:

> Si procuratorem absentem dominus satisdatione relevare velit, literas suas ad adversarium dirigere debebit, quibus significat, quem adversus eum procuratorem et in qua causa fecerit, ratumque se habiturum, quod eum eo actum sit: hoc enim casu litteris ejus approbatis velut praesentis procuratorem intervenire intelligendum est.

Ueberall wo in den Rechtsquellen von der Beſtellung eines procurator in rem suam die Rede iſt, haben wir nicht bloß an die formloſe Ermächtigung des Erwerbers der Forderung, ſondern zugleich an dieſe Legitimation deſſelben für den Schuldner und nöthigenfalls den Richter zu denken. Daſſelbe gilt von den gleichbedeutenden Ausdrücken praestare cedere, exhibere, transferre actionem u. ſ. w.[1]) Die meiſten derſelben ſind wohl urſprünglich auf die feierlichere Beſtellung eines cognitor in rem suam mitzubeziehen. Dagegen ſcheint der ſchon früher (§. 6.) ausführlich beſprochene Ausdruck delegare actionem oder nomen nur für die ſpäteren unfeierlichen Legitimationsformen mit Ausſchluß des cognitor gebraucht zu ſein, wie aus Vat. fragm. §. 260. hervorgeht:

> si non sit in rem suam cognitor datus *aut* nominum delegationes intervenerunt.

Daſſelbe gilt vielleicht von dem namentlich im Sprachgebrauche des Codex gewöhnlichſten Ausdrucke mandare actionem, in welchem wohl

1) Vergl. über den Gebrauch derſelben die Belagſtellen bei Mühlenbruch Ceſſion §. 18.

ein Nachklang an den ursprünglich beschränkteren Wortsinn des procurator als eines bloßen Bevollmächtigten zu finden ist. Daß dabei an ein Mandat im technischen Sinne nicht zu denken ist, brauche ich nach dem früher Gesagten nicht zu wiederholen.

Auf der Grundlage dieser erleichterten Uebertragungsformen konnte sich nun der Verkehr mit Forderungen in den mannichfachsten Richtungen entwickeln. Die Uebertragung an sich war ein abstractes Rechtsgeschäft wie die Tradition; ihre vollständige Bedeutung erhielt sie erst durch die zu Grunde liegende causa, durch den Valutavertrag. Ich habe schon darauf aufmerksam gemacht, daß dieser zu dem jussus agendi nicht in unmittelbarer Beziehung stand. Der jussus hatte den Verlust des auctor, aber nicht den Erwerb des successor zur Folge. Als allgemeine Form des letzteren schlummert in der Activsuccession dasselbe traditionsähnliche Element, welches ich schon bei der reinen Delegation (§. 13.) hervorgehoben habe. Dem procurator in rem suam wird die Freiheit gegeben, sich des in der Obligation enthaltenen Vermögensobjects zu bemächtigen; die Stellung des Gläubigers wird zu seinen Gunsten offen gemacht, wie die vacua possessio einer körperlichen Sache. Wo über die abgetretene Forderung eine Urkunde existirte, ging schon bei den Römern jedenfalls die wirkliche Uebergabe des Documents neben der Uebertragung der Obligation her.

Von der reinen Delegation unterscheidet sich die Activsuccession hier wiederum durch die Beschaffenheit des dem neuen Gläubiger zugewendeten Vermögensstückes. Bei jener erwarb derselbe ein dem baaren Gelde gleichstehendes abstractes nomen von nur generischer Bedeutung; bei dieser eine specialisirte Forderung, deren Werth nach ihrem besonderen Inhalt beurtheilt werden mußte. Dieser Unterschied zeigt sich auch in der Natur des Valutavertrages bei beiden Geschäften. Bei der reinen Delegation war es, wie wir gesehen haben, immer nur ein Realvertrag, bei der Activsuccession konnte es auch ein Consensualvertrag werden. In jener abstracten Gestalt konnte der Credit innerhalb der römischen Verkehrsformen sich nicht zu einer Waare entwickeln, wohl aber in dieser concreten. Eine einmal bestehende Forderung konnte als eine species verkauft werden, und dieser Kauf wurde dann durch Bestellung des Käufers zum procurator in rem suam ebenso realisirt, wie der einer körperlichen Sache durch Tradition.

Aus einem Realvertrage gab es keine Klage auf Erfüllung, wohl aber aus einem Consensualvertrage; deshalb konnte die Abtretung einer Forderung Gegenstand einer klagbaren Verbindlichkeit werden, und Klagen auf praestatio actionis kommen demgemäß in den Quellen häufig genug vor. In einem solchen Falle gilt die Verpflichtung des Schuldigen immer dann für erledigt, wenn er den Kläger zur Proceßführung als procu-

rator in rem suam (mit Beseitigung der Cautionspflicht) legitimirt hat. Diese prägnante Bedeutung hat z. B. auch der Schlußsatz der l. 51. de peculio (15,1)

> In omnibus, quos idcirco teneri dicimus, quia habent actionem, *delegatio* pro justa praestatione est.

Damit soll nicht nur die Verpflichtung zur Zahlung, sondern auch die zur definitiven Verwirklichung der Successsion (durch Novation oder Litiscontestation) ausgeschlossen sein. Weil es für den Erwerber genügte, wenn ihm die eigene weitere Rechtsverfolgung gegen den Schuldner ermöglicht war, darum hatte er von seinem auctor nicht mehr als die Mittel dazu zu verlangen. Hierin zeigt sich zugleich die Consequenz der Thatsache, daß für den praktischen Gebrauch bei der Activsuccession das judicium alieno nomine die schwerfälligere Form der Novation vollständig überflügelt hatte.

Der hier geschilderte Rechtszustand kann leicht zu dem Mißverständnisse Veranlassung geben, als ob der Erwerb des procurator in rem suam bereits mit seiner Bestellung als solcher vollzogen gewesen wäre. Dem war jedoch nicht so; die wirkliche Uebertragung des Rechts fand immer erst mit der Litiscontestation statt, diese blieb der eigentliche Successionsact. Vor derselben erlosch die Ermächtigung des procurator, wie jeder jussus, mit dem einfachen Widerrufe und mit dem Tode des jubens. So lange in Folge des jussus nicht gehandelt worden war, hatte er keine Wirkung, weder dem Schuldner gegenüber, noch auch dem auctor. Der letztere konnte allerdings dem procurator in rem suam unter Umständen verpflichtet bleiben, aber nicht in Folge des jussus an sich, sondern in Folge eines zu Grunde liegenden obligatorischen Valutavertrages. Wenn z. B. der procurator Käufer der Forderung war, so blieb ihm nach der Zurücknahme seiner Klagermächtigung oder nach dem Tode des auctor, die actio emti gegen den Verkäufer oder dessen Erben, mittelst deren er eine neue praestatio actionis oder aber sein Interesse fordern konnte. Lag aber ein nicht klagbarer Vertrag, z. B. datio in dotem, in solutum oder Schenkung zu Grunde, so war er auch seinem auctor gegenüber rechtlos; das Geschäft blieb in diesem Falle ebenso unvollendet, wie bei einer körperlichen Sache vor erfolgter Tradition.

Der einfache Grundsatz der l. 16. de procuratoribus (3,3)

> Ante litem contestatam libera potestas est vel mutandi procuratoris, vel ipsi domino judicium accipiendi

galt für den procurator in rem suam ebensogut, wie für den procurator rei alienae. Erst nach der Litiscontestation war sein Recht unwiderruflich; eine translatio judicii konnte nun nur nach vorgängiger causae cognitio stattfinden, und der procurator in rem suam brauchte sie sich nicht gefallen zu lassen.

l. 25. i. f. eod. Plane si dicat, in rem suam se procuratorem datum, et hoc probaverit non debet carere propria lite.

Eine Anwendung dieſes Rechtsgrundſatzes findet ſich z. B. in

c. 3. mandati (4,35). Si pater tuus tibi sui juris constituto actionem adversus debitores suos mandavit, *potuit et ipse praesens adversus eos re integra experiri.* Si quid itaque ab eo apud judicem actum est, rescindi id nulla ratio patitur.

Beſonders intereſſant iſt aber in dieſer Beziehung die ſchwierige c. 3. h. t., für welche zuerſt Bähr (Jahrbücher für Dogmatik I. S. 378 f. 392) das richtige Verſtändniß durch den überzeugenden Nachweis eröffnet hat, daß dieſelbe durch eine ſehr ungeſchickte Interpolation der Compilatoren entſtellt iſt. Urſprünglich lautete die Stelle nach ihm folgendermaßen:

c. 3. h. t. Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea *actiones apud te remanserunt*, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, *tamen ante quam lis contestetur, — exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.* Quodsi delegatione facta, jure novationis tu liberatus es, frustra vereris, ne eo quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet etc.

Der Extrahent dieſes Reſcripts, Mutianus, hatte ſeinen Gläubiger mit einer Schuldforderung abgefunden; da dieſer aber keine Anſtalten zur Beitreibung machte, beſorgte er, durch Verſchlechterung der Vermögensumſtände des Schuldners in Nachtheil zu kommen, und fragte bei dem Kaiſer an, wie er ſich dagegen ſchützen könne. Sein Vortrag der Sache muß ſo unvollkommen geweſen ſein, daß daraus nicht einmal erſehen werden konnte, ob eine Activ- oder Paſſivſucceſſion vorgenommen war. Der Kaiſer antwortet für beide Fälle, und zwar indem er für den erſten Litisconteſtation, für den zweiten Novation als Succeſſionsform vorausſetzt — wobei offenbar die verſchiedenen Gewohnheiten des Verkehrs berückſichtigt ſind. Im Falle der Paſſivſucceſſion erklärt er die Beſorgniß des Mutianus für grundlos, weil dieſer dann durch Novation befreit war. Anders im Falle der Activſucceſſion, ſo lange dieſe nicht durch Litisconteſtation zwiſchen den neuen Partheien vollzogen war. In dieſem Stadium hatte das Geſchäft noch gar keine Wirkung; es war noch keine vollendete datio in solutum; Mutianus war noch gar nicht befreit und wurde deshalb noch von dem periculum des abgetretenen nomen betroffen. Er konnte ſich aber einfach damit helfen, daß er die Schuld, ohne die Litisconteſtation des procurator in rem suam abzuwarten,

ſelbſt eincaſſirte; daran war er durch die ertheilte Klageermächtigung nicht gehindert. — Dieſe auf dem Standpunkte des älteren Rechts vollkommen klare und conſequente Entſcheidung war nun allerdings dem ſpäteren Rechtszuſtande nicht mehr gemäß, und deshalb haben die Compilatoren dieſelbe bei der Aufnahme in den Juſtinianiſchen Codex abgeändert, indem ſie hinter den Worten antequam lis contestetur einfügten: vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit. Dieſer auch durch den Wechſel des grammatiſchen Subjects noch als Einſchiebſel kenntliche Zuſatz (vergl. Bähr a. a. O. S. 499) ſollte andeuten, daß nach Juſtinianiſchem Recht der vollſtändige Uebergang des Forderungsrechts ſchon in einem früheren Zeitpunkte vor ſich ging. Es iſt aber dabei vergeſſen worden, daß dieſer veränderten Grundlage gemäß von einem periculum nominis in dem vorliegenden Falle überhaupt nicht mehr die Rede ſein konnte, ſo daß die Stelle in ihrer jetzigen Geſtalt ſich mit einem völlig unmöglichen Zweifel zu beſchäftigen ſcheint.[2])

Der procurator in rem suam war hiernach, wenn er ſich ſeines Rechts gegen den Schuldner verſichern wollte, darauf angewieſen, ſeinem auctor mit der Litisconteſtation zuvorzukommen, ebenſo wie auch mehrere Procuratoren unter einander:

> l. 32. de procuratoribus (3,3). Pluribus procuratoribus in solidum simul datis, occupantis melior conditio erit, ut posterior non sit in eo, quod prior petit, procurator.

Hiermit ſcheint allerdings die folgende Stelle in Widerſpruch zu ſtehen:

> l. 55. eod. Procuratore in rem suam dato, praeferendus non est dominus procuratori in litem movendam vel pecuniam suscipiendam.

Ich werde aber bei einer ſpäteren Veranlaſſung, wo auf dieſe Stelle zurückzukommen iſt, nachweiſen, daß auch ſie für das claſſiſche Recht eine andere Bedeutung hat, wie für das Juſtinianiſche.

Schon im älteren Recht war übrigens die Litisconteſtation allerdings nicht die einzige Occupations- oder Präventionshandlung, welche dem procurator in rem suam zu Gebote ſtand. Er konnte vor Allem die Schuld auch außergerichtlich beitreiben, der Schuldner konnte ihm gültig Zahlung leiſten. Auch konnte er die Schuld noviren; der auctor mußte ſeinen jussus auch für dieſe zweite Succeſſionsform reſpectiren, wenn die neuen Partheien dieſelbe vorzogen. Endlich aber konnte er auch auf andere Weiſe über die Obligation disponiren, namentlich durch ein pactum mit dem Schuldner. Dadurch wurde zwar das Recht des

2) Schon Brunnemann comm. ad cod. h. l. klagt über dieſes Räthſel: Sed ille nodus tamen manet in hac lege, quomodo cedens vereri debeat, ne dum cessionarius non exigit, ad se redundet periculum etc.

auctor nicht direct zerstört, aber dieser mußte sich, wenn er später seinerseits klagen wollte, die exceptio pacti gefallen lassen. In diesem Zusammenhange wird in den Quellen mehrfach die Frage untersucht, ob dem ursprünglichen Gläubiger Einreden aus der Person des procurator in rem suam entgegengestellt werden können — eine Frage, die für das spätere Recht und vollends für uns gar keinen Sinn mehr hat. Ich habe bereits bemerkt, daß dagegen die umgekehrte Frage, welche uns hauptsächlich interessirt, nach den Einreden, welche dem procurator in rem suam aus der Person seines Vormannes entgegenstehen, von den Römern überall mit Stillschweigen übergangen wird. Es zeigt sich hierin wieder die völlig verschiedene Grundanschauung, welche den Begriff der Succession im älteren Recht beherrscht. Hierher gehören in Betreff der exceptio pacti folgende von den Compilatoren aus den Edictscommentarien des Ulpian und Paulus zusammengestellte Fragmente:

l. 10. §. 2. i. f. de pactis (2,14). Si procurator meus paciscatur, exceptio doli mihi proderit, ut Trebatio videtur, qui putat, *sicuti pactum procuratoris mihi nocet*, ita et prodesse.

l. 11. eod. Quia et solvi ei potest.

l. 12. eod. *Nam et nocere constat*, sive ei mandavi ut pacisceretur, sive omnium rerum mearum procurator fuit. —

l. 13. eod. Sed si tantum ad actionem procurator factus sit, conventio facta domino non nocet, quia nec solvi ei potest. §. 1. *Sed si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur, et ideo servandum erit pactum conventum.*

Ferner in Bezug auf die generelle exceptio doli:

l. 4. §. 18. de doli exceptione (44,4). Quaesitum est, an de procuratoris dolo, qui ad agendum tantum datus est, excipi possit. Et puto recte defendi, *si quidem in rem suam procurator datus sit, etiam de praeterito ejus dolo, hoc est si ante acceptum judicium dolo quid fecerit, esse excipiendum.*

In dieser letzten Stelle ist freilich von der Klage die Rede, die der procurator selbst anstellt; von dieser gilt aber eben nur dasselbe, wie von der Klage des dominus, auf dessen Recht sie gegründet wird.

§. 61. Die actiones utiles des späteren Rechts. Verhältniß derselben zur actio mandata. Unhaltbarkeit der Mühlenbruchschen Auffassung.

Im älteren Recht war hiernach der successor, wenn er sich des ihm abgetretenen Rechts dem Schuldner gegenüber definitiv bemächtigen

wollte, zu einer Dispoſition über das Recht ſelbſt, zu einer Zerſtörung deſſelben in ſeiner urſprünglichen Geſtalt genöthigt. Wir dürfen nicht vergeſſen, daß auch die Litiscontestation ſelbſt eine ſolche Dispoſition, und zwar unter Umſtänden eine ſehr präjudicirliche, in ſich ſchloß. Denn wenn auch die für die Obligation beſtellten Pfandrechte dadurch nicht afficirt wurden, ſo wurden doch die Correalſchuldner und Bürgen durch die Litiscontestation ſo gut wie durch die Novation befreit. Der Rechtszuſtand war alſo für den praktiſchen Zweck eines geſicherten Verkehrs mit Forderungsrechten allerdings noch ein unvollkommener. Es kam darauf an, dem successor ein von einer derartigen Dispoſition unabhängiges, in ſich aber unwiderrufliches Recht zu verſchaffen. Dies geſchah in der ſpäteren Rechtsentwickelung dadurch, daß ihm unter gewiſſen Bedingungen in Folge des auf die Uebertragung der Forderung abzielenden Rechtsgeſchäfts mit dem auctor allein, alſo in Folge des bloßen Valutageſchäfts, eine Klage gegen den Schuldner gegeben wurde.

Dieſe neue Klage wird in den Quellen als eine actio utilis bezeichnet, und es wird von ihr geſagt, daß der Erwerber ſie suo nomine anſtellen könne. Die Klage des älteren Rechts, die actio mandata, welche alieno nomine, aus der Perſon des auctor, gegeben wurde, heißt im Gegenſatze dazu actio directa. Um das Verhältniß zwiſchen beiden Rechtsmitteln dreht ſich hauptſächlich die Frage nach der Geſtalt des Inſtituts im Juſtinianiſchen und heutigen Recht.

Die Dogmatik der älteren Zeit hielt die actio directa und die actio utilis für zwei noch jetzt ſowohl in ihren Bedingungen, als in ihren praktiſchen Conſequenzen verſchiedene Klagen, und gründete darauf die Unterſcheidung von zwei auch heutzutage neben einander beſtehenden Formen der Ceſſion: mandare und cedere actionem. Durch die erſte dieſer Formen ſollte die actio directa, oder wenigſtens das exercitium derſelben — denn die Klage ſelbſt galt für unübertragbar —, durch die zweite nur die actio utilis abgetreten ſein. Dieſe Lehre gründlich widerlegt und vollſtändig beſeitigt zu haben, iſt das Hauptverdienſt von Mühlenbruch. Er hat unwiderleglich nachgewieſen, daß der Unterſchied zwiſchen der actio directa und der actio utilis ſchon im Juſtinianiſchen Recht jede praktiſche Bedeutung verloren hatte, und im heutigen Rechte nicht mehr exiſtirt. Wir haben nur eine einheitliche Form für die Uebertragung einer Forderung: die Ceſſion; das wird gegenwärtig von Niemandem mehr beſtritten. Dagegen iſt der urſprüngliche, hiſtoriſche Gegenſatz beider Arten von Klagen, und der von dieſem Ausgangspunkt beginnende Verſchmelzungsproceß von Mühlenbruch ebenſo entſchieden unrichtig aufgefaßt worden, und dieſer Umſtand hat auch ſeine Darſtellung des Reſultats nicht unerheblich ſtörend beeinflußt. Eine gründliche Reviſion ſeiner noch jetzt faſt überall herrſchenden Lehre über

den Gegenstand ist eine noch ungelöste Aufgabe der heutigen Wissenschaft.[1]) Selbstverständlich kann dieselbe hier nicht in ihrem ganzen Umfange in Angriff genommen werden. Nur soweit es das Hauptthema unserer Untersuchung erfordert, mögen hier im Anschluß an die Bestrebungen anderer Forscher einige Beiträge dazu geliefert werden.

Der Gedankengang Mühlenbruchs und seiner Nachfolger ist ungefähr folgender.[2]) Die Uebertragung eines Forderungsrechts in der älteren Form durch Bestellung des Erwerbers zum procurator in rem suam konnte entweder aus einem gegenwärtigen freien Entschluß des Veräußerers hervorgehen, oder auf einem vorangegangenen Geschäft beruhen, welches denselben zum mandatum actionis verpflichtete. Im letzteren Falle hatte der successor schon auf Grund jenes Geschäfts seinem auctor gegenüber einen definitiven Anspruch erworben. Um diesen jedoch dem Schuldner gegenüber wirksam zu machen, mußte er zuvörderst jenen zur Ausstellung eines förmlichen mandatum actionis, nöthigenfalls im Proceßwege, anhalten, um dann zur Litiscontestation mit dem Schuldner schreiten zu können. Diesen beschwerlichen, und wegen der Widerruflichkeit und Unvererblichkeit des mandatum actionis gefährlichen Umweg zu vermeiden, wurde überall da, wo eine rechtliche Nothwendigkeit zu Grunde lag, dem Berechtigten gestattet, die Klage gegen den Schuldner ebenso anzustellen, als wenn er zum procurator in rem suam bereits bestellt worden wäre. Das mandatum actionis wurde, soweit es durch Klage oder Einrede erzwingbar war, fingirt, und auf Grund dieser Fiction an Stelle der actio mandata eine actio utilis gegeben.

Es ist unzweifelhaft, daß ähnliche Betrachtungen bei der Einführung und Ausbildung derartiger actiones utiles zum Theil mitgewirkt haben. Beispielsweise ist in einer Justinianischen Verordnung vom Jahre 530 (c. 2. per quas personas 4,27) für einen hierher gehörigen Fall die Beseitigung des beschriebenen Umweges ausdrücklich als das legislatorische Motiv ausgesprochen. Andererseits aber ist es ebenso einleuchtend, daß dieser Umstand zur Erklärung der ganzen uns vorliegenden Rechtsentwickelung nicht ausreicht. Denn unter den Fällen, in welchen die actio utilis nach den Quellen dem Erwerber einer Forderung gegeben wurde, befinden sich wohl einzelne, in welchen die Abtretung durch

1) Neuerdings ist ein umfassender Versuch in dieser Richtung unternommen von Dr. Albert Schmid (Die Grundlehren der Cession. Erster Theil. Braunschweig 1863). Nach dem bisher vorliegenden Theile des Werkes ist aber zu besorgen, daß er in der Hauptsache verfehlt bleiben wird. Manche schätzbare Detailuntersuchungen sind leider durch unklare Darstellung ungenießbarer gemacht, als sie verdienten.

2) Ich verweise unter diesen hauptsächlich auf das kurze, aber wie immer durch Klarheit und Einfachheit der Darstellung bestehende Resume von Savigny Obligationen-Recht I. S. 243—249.

Klage erzwungen werden konnte, wie der Erbschaftskauf, der Kauf einer einzelnen Forderung selbst, das legatum nominis u. s. w., dagegen eben so viele andere, in welchen dies nicht der Fall war, z. B. die datio in dotem oder in solutum. Wenn selbst ein Meister wie Savigny[3]) sich soweit vergessen hat, von diesen letzteren Beispielen geradezu das Gegentheil zu behaupten, so liegt dem gleichwohl nur eine kaum verzeihliche Verwechselung von heutigen und römischen Rechtsprincipien zu Grunde. Weil nach heutigem Recht alle Verträge klagbar sind, darum würde es allerdings auch die Angabe an Zahlungsstatt oder zur dos sein. Das römische Recht kennt aber hier weder Klage noch Einrede.[4]) — Es wird weiterhin sogleich nachgewiesen werden, daß die actio utilis des Cessionars gerade einem Falle hauptsächlich ihre Entstehung verdankt, in welchem ein mandatum actionis in der Form des älteren Rechts weder erzwingbar, noch überhaupt ausführbar war, nämlich dem pignus nominis. Die Veranlassung zu der neuen Art von Klage wurde nicht dadurch gegeben, daß der Zweck des Geschäfts früher nur auf einem Umwege, sondern vielmehr dadurch, daß er gar nicht erreichbar war.

Hiermit wird zunächst allerdings die herrschende Ansicht nur in Bezug auf die äußerlichen Umstände widerlegt, in welchen sie den Ausgangspunkt für die neuere Rechtsbildung sucht. Der Hauptirrthum derselben bezieht sich aber auf die innere Natur der actiones utiles. Diese sind nicht, wie Mühlenbruch annahm, eine Nachbildung der actio mandata, sondern vielmehr eine damit in gar keinem historischen Zusammenhange stehende, selbstständige Schöpfung des prätorischen Rechts. Diese Auffassung haben denn auch bereits Windscheid und Bähr, so wie nach ihnen Brinz mit überlegenen Gründen vertheidigt. Bevor ich auf die directe Beweisführung dafür näher eingehe, will ich indessen die Incorrectheit der bisher supponirten Entwickelungsgeschichte noch in einer anderen Richtung hervorheben.

Mühlenbruch und nach ihm besonders Puchta denken sich die Sache so, daß eine actio utilis zur Ergänzung des bestehenden älteren Rechtszustandes zunächst in denjenigen Fällen gedient habe, in welchen ein mandatum actionis zwar ertheilt gewesen, aber durch Widerruf oder Tod erloschen war. In solchen Fällen soll der Prätor oder allenfalls der Princeps nach Prüfung des Rechtsgrundes der Cession eine subsidiäre actio utilis an Stelle der verlorenen actio mandata durch besonderes Decret zuerkannt haben. Erst in einem späteren Stadium sollen dann ähnliche Klagen zufolge allgemeiner Rechtsregel gegeben worden sein. — Auch hierin ist Wahres mit Falschem gemischt. Die

3) A. a. O. S. 247.

4) Bei der dos wenigstens erst nach der c. 6. de dotis promissione (5,11) vom Jahre 428.

Legitimationsprüfung lag im älteren Recht überhaupt dem Prätor ob, und er konnte deshalb unzweifelhaft von vorgefundenen Mängeln derselben, sei es unter Erfordern der cautio de rato, oder nach Umständen unter Dispensation davon auf Grund einer causae cognitio, absehen, und die geforderte Klage dennoch bewilligen. Nur war diese Klage dann immer nichts weiter, als die gewöhnliche Klage alieno nomine, also die actio directa; mit der späteren actio utilis haben dergleichen Ausnahmsfälle gar nichts zu thun.

Es ist eigentlich nur eine Stelle, worauf jene Annahme gegründet wird, nämlich ein Rescript des Kaiser Gordianus vom Jahre 242:

> c. 1. de O. et A. (4,10). Data certae pecuniae quantitate ei cujus meministi in vicem debiti, actionem tibi adversus debitorem pro quo solvisti dicis esse mandatam, et ante quam eo nomine litem contestareris, sine herede creditorem fati munus implesse proponis. Quae si ita sunt, actio utilis tibi competit.

Die Anfragende, Valeria, hatte eine fremde Schuld, wie wir zu sagen pflegen, gegen jura cessa bezahlt; d. h. sie war dafür zur procuratrix in rem suam bestellt worden, so daß also die Schuld des Dritten als fortbestehend, und ihre Zahlung nicht als Tilgung derselben, sondern als Kaufpreis dafür gedacht war. Bevor sie aber zur Litiscontestation mit dem Schuldner gelangte, war ihr auctor gestorben, und zwar ohne Hinterlassung eines Erben. Dadurch war sie nun dem älteren Rechte nach in eine besonders schwierige Lage gerathen. Einerseits war ihre Ermächtigung zur Verfolgung des abgetretenen Rechts gegen den Schuldner erloschen; andererseits war ihr die Person, bei welcher sie Regreß hätte suchen können, verloren gegangen. Diese Schwierigkeiten bieten den Anlaß ihres Gesuches bei dem Kaiser. Aus der genauen Aufzählung derselben schließt Mühlenbruch [5]) unzweifelhaft mit vollem Recht, daß ein Rechtsmittel, durch welches sie zufolge allgemeiner Regel hätten umgangen werden können, also die spätere actio utilis gegen den Schuldner, damals noch nicht existirte. Die Beweiskraft der Stelle für diese historische Negative ist unbestreitbar; das Gesuch hat nur unter der Voraussetzung des älteren Rechtszustandes einen verständlichen Sinn. Nun entscheidet der Kaiser zum Schluß aber dennoch:

> Quae si ita sunt, *utilis actio tibi competit.*

Hierin soll nun nach Mühlenbruchs Ansicht eine exceptionelle Zuerkennung der actio utilis gerade für den vorliegenden Fall ausgesprochen sein. Diese Interpretation ist mit der Ausdrucksweise der Stelle völlig unverträglich; eine Klage kann nicht wohl bestimmter auf eine allgemeine Rechtsregel gegründet werden, als durch die Bezeichnung actio com-

5) Cession dritte Auflage S. 194, 195.

petit. Es ist also vielmehr der Schluß geboten, daß die vorliegende Entscheidung nicht dem Kaiser Gordian, sondern den Compilatoren angehört. Was wir damit erfahren, gilt nur für das Justinianische Recht; für die Zeit der Erlassung des Rescripts liefert dasselbe einen positiven Aufschluß überhaupt nicht. Es ist ebensogut möglich, daß der Fall ursprünglich ganz anders entschieden, etwa daß die Bittstellerin mit einer condictio oder einer actio ex emto an den Fiscus als Erwerber der vacanten Erbschaft gewiesen worden war.

Wir haben aber andere Quellen, nach welchen freiere Grundsätze bei der Zulassung zur Klage alieno nomine allerdings theilweise zur Anwendung kamen. Eigentlich gehört hierher schon die Klage der Tutoren und Curatoren, welche zur Zeit des Gajus unter Erlaß der cautio de rato bewilligt wurde. (Gaj. IV. §. 99.) Dies waren zwar keine procuratores in rem suam, aber sie hatten noch ganz dieselbe Stellung, weil ihnen damals noch unzweifelhaft selbst die actio judicati zustand. Der Prätor prüfte dabei natürlich die Legitimation des Klägers in der prätendirten Eigenschaft und versagte auf Grund derselben Prüfung später die Klage des Pupillen oder Curanden. Diese wurde nun in judicium deducirt, was nach dem ursprünglichen Rechte des Edicts jedenfalls nicht der Fall war. — Ganz ebenso gestaltete sich, wie wir gesehen haben, später das Verhältniß des procurator im Falle der Proceßvollmacht, sobald dessen Legitimation bei der Zulassung geprüft wurde. Der procurator praesentis oder apud acta constitutus zerstörte nun wiederum durch seine Litiscontestation die Klage des dominus. Es kommt aber auch schon bei Gajus ein Fall vor, in welchem eine ganz ähnliche Ausnahme mit einem aus eigenem Rechte alieno nomine auftretenden Kläger gemacht wurde. Dies ist der Fall des bonorum emptor, von welchem Gajus Folgendes berichtet:

> Gaj. IV. §. 35. Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit. Set interdum et alio modo agere solet: nam ex persona ejus cujus bona emerit sumpta intentione, convertit condemnationem in suam personam, id est ut quod illius esset, vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur: quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. Superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit, Serviana vocatur.

Der Käufer einer Concursmasse hatte also gegen die Masseschuldner zwei verschiedene Arten von Klagen, eine ältere von dem angeblichen Erfinder der bonorum venditio eingeführte, actio Rutiliana; eine neuere, welche zur Zeit des Gajus die Regel bildete, actio Serviana. Jene

war in ihrer Formel genau identiſch mit der Klage eines procurator oder cognitor, d. h. die intentio lautete auf den Namen des Cridars, die condemnatio auf den Namen des Maſſekäufers; es war eine Klage alieno nomine. Dieſe war dagegen auf die Fiction einer Univerſalſucceſſion durch Erbgang geſtützt, alſo eine actio fictitia oder utilis wie die des bonorum possessor (Ulp. XXVIII. §. 12.) und Fideicommißerben (Gaj. II. §. 253.). Ich ſpreche hier zunächſt von der actio Rutiliana. Es iſt nach der Darſtellung des Gajus kaum zweifelhaft, daß für die Anſtellung dieſer Klage nicht jedesmal der bonorum emptor beſonders zum procurator in rem suam beſtellt zu werden brauchte. Vielmehr begnügte ſich offenbar der Prätor mit der ihm durch die obrigkeitliche Leitung der bonorum venditio in der Regel bekannten Eigenſchaft des Klägers im Allgemeinen. Es war alſo keine eigentliche actio mandata, ſondern wenn man will, eine auf Grund eines fingirten Mandats beſonders bewilligte analoge Klage — gerade, wie die Mühlenbruchſche Anſicht von der ſpäteren actio utilis annimmt. Demgemäß hat denn auch Mühlenbruch [6]) kein Bedenken getragen, dieſe actio Rutiliana für eine ſolche utilis actio velut ex jure cesso zu erklären. Dies iſt aber offenbar irrig. Vielmehr hat in dieſem Falle keine größere Abweichung von den Vorſchriften des Edicts ſtattgefunden, wie bei der oben erwähnten Klage des tutor oder curator oder der ſpäteren des legitimirten Bevollmächtigten. Es trat nur dieſelbe Folge ein, daß der bonorum emptor das Recht des Cridars durch die Litisconteſtation zerſtörte, daß er rem in judicium deducirte, und daß er demgemäß auch von der cautio de rato befreit wurde. Ebenſo gut wie tutor und curator hätte auch der bonorum emptor in das Verzeichniß derjenigen Fälle aufgenommen werden können, welche Gajus (IV. §§. 82. seqq.) unter dem agere alieno nomine abhandelt, wenn es dort auf abſolute Vollſtändigkeit abgeſehen geweſen wäre. Das Analogon der ſonſtigen actiones utiles in unſerem Falle iſt vielmehr offenbar die actio Serviana. Wir haben nicht etwa zwei verſchiedene Arten von actiones utiles für denſelben Zweck vor uns, einen bloßen Luxus von Rechtsmitteln; ſondern actio Rutiliana und actio Serviana ſtehen vollkommen in demſelben Verhältniß fortſchreitender Rechtsbildung, wie die actio directa alieno nomine, und die actio utilis proprio nomine in allen ähnlichen Fällen. Das Bedürfniß für die Einführung der neueren actio Serviana beſtand hier wie überall darin, daß früher die Succeſſion erſt mit der Litisconteſtation vollendet wurde, ſpäter aber bereits mit der bonorum venditio ſelbſt.

6) Ceſſion. Dritte Ausgabe S. 183. Nach ihm auch Windſcheid Actio S. 128. Vergl. dagegen Schmid Grundlehren der Ceſſion Th. I. S. 7.

§. 62. Fortsetzung. Die Fälle von Universalsuccession.

Ich habe vorhin gesagt: die actio utilis stand mit der actio mandata in gar keinem historischen Zusammenhange, sondern war eine selbstständige neue Schöpfung des prätorischen Rechts. Diese Behauptung ist jetzt durch directe Beweise näher zu begründen.

Es bestand zunächst zwischen beiden Arten von Klagen ein Gegensatz in Bezug auf das Klagefundament. Die actio mandata war nichts anderes als die auf die Person des procurator in rem suam übertragene Hauptklage des Gläubigers selbst. Der Klagegrund war hier mit dem der Hauptklage identisch, und so auch die Klagformel, in welcher die Uebertragung nur durch die früher beschriebene Einfügung der neuen Parthei in die condemnatio zum Ausdrucke kam. Das förmliche mandatum actionis war nicht Erwerbsgrund für die Klage, sondern nur Legitimationsmittel; der Erwerb selbst wurde erst mit der Litiscontestation vollzogen. — Anders bei der actio utilis; diese gründete sich hauptsächlich auf die causa der Succession. Mit dem Zustandekommen eines auf die Uebertragung abzielenden Rechtsgeschäfts war diese Klage erworben. Sie bedurfte keiner von dem Successionsgrunde verschiedenen Uebertragungsform, keines modus acquirendi. Insbesondere war denn auch die Existenz oder Nichtexistenz eines mandatum actionis für diese Klage ganz gleichgültig. Jene ältere Form hatte nur Sinn für die alieno nomine anzustellende actio directa; zu der actio utilis, welche dem Erwerber suo nomine zustand, hatte sie gar keine Beziehung.

Diejenigen Stellen, in welchen der Gegensatz am präcisesten ausgedrückt ist, sind folgende:

c. 5. de hereditate vendita (4,39). Emtor hereditatis *actionibus mandatis eo jure uti debet, quo is cujus persona fungitur*, quamvis *utiles* etiam adversus debitores hereditarios *actiones emtori tribui* placuit.

c. 8. eod. Ex nominis emtione — *vel in rem suam procuratore facto, vel utilis* — persecutio tribuitur.

c. 5. quando fiscus vel privatus (4,15). In solutum nomine dato, *non aliter nisi mandatis actionibus ex persona sui debitoris* adversus ejus debitores creditor *experiri potest; suo autem nomine utili actione recte utetur.*

c. 18. de legatis (6,37). Ex legato nominis, *actionibus* ab his qui successerunt *non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest: utilibus autem suo nomine experietur.*

Hier ist überall streng disjunctiv von den beiden verschiedenen Wegen zu demselben Ziele gesprochen. Die actio directa wird durch ein förm-

liches mandatum actionis vorbereitet, die actio utilis nicht. Diese entspringt aus dem Erbschaftskauf, dem Forderungskauf, der datio in solutum oder dem Legat unmittelbar. Der *procurator in rem suam* als solcher hatte niemals eine *actio utilis*, sondern nur vermöge des ihm zur Seite stehenden materiellen Rechtsgrundes.

Der letztere Satz verdient um so mehr hervorgehoben zu werden, als er auch von den neueren Gegnern der Mühlenbruchschen Theorie keineswegs richtig erkannt worden ist.[1]) Die Unsicherheit in diesem Punkte ist durch eine einzelne Digestenstelle verschuldet, welche mit der obigen Behauptung allerdings in directem Widerspruche zu stehen scheint, nämlich:

> l. 55. de procuratoribus (3,3). Procuratore in rem suam dato, praeferendus non est dominus procuratori in litem movendam vel pecuniam suscipiendam. *Qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit.*

Wir haben schon oben (S. 393) von dem ersten Satze dieser Stelle gesehen, daß er mit unseren übrigen Quellen über das Verhältniß zwischen procurator in rem suam und dominus nicht übereinstimmt. Dasselbe zeigt sich jetzt in Bezug auf den Schlußsatz. Dieser Umstand verdoppelt die Wahrscheinlichkeit, daß wir es hier nicht mit einem dem classischen Recht ursprünglich angehörigen, sondern mit einem durch die Compilatoren modificirten Ausspruche zu thun haben. Schon Bähr hat eine solche Wahrscheinlichkeit angedeutet, ohne sich jedoch auf einen Erklärungsversuch der Stelle in ihrer ursprünglichen Bedeutung einzulassen. Ich glaube, daß dieselbe gleichwohl auch in dieser Richtung Anhalt genug bietet, um zu einer positiven Ueberzeugung zu gelangen. Ulpian kann nämlich genau so geschrieben haben, wie das Fragment jetzt dasteht, wenn man annimmt, daß er dabei einen von denjenigen besonderen Fällen im Auge gehabt hat, für welche bereits zu seiner Zeit actiones utiles gegeben wurden, also z. B. den Fideicommissar oder den emtor hereditatis. So wie man zum Eingange der Stelle ergänzt: *emtore hereditatis* procuratore in rem suam dato, etc. gewinnt das Ganze einen für das classische Recht völlig verständlichen und sehr prägnanten Sinn. Der Jurist will nämlich sagen, daß die Berechtigung, utiliter zu klagen, dem successor auch in dem Falle eine andere Stellung zu seinem auctor giebt, wenn er sich der actio mandata bedient. Der erste Satz enthielt hiernach eine Ausnahme von der Regel der Widerruflichkeit des mandatum actionis für einen besonderen Fall, und der zweite Satz die Begründung dieser Ausnahme. An dieser aus dem Zusammenhange ersichtlichen Abhängigkeit des Satzes von besonderen

1) Vergl. Windscheid Actio S. 124, 125. Bähr (Jahrbücher für Dogmatik I. S. 388, 389) steht der Wahrheit bereits viel näher.

Voraussetzungen mußten die Compilatoren Anstoß nehmen, weil bei ihnen die Berechtigung zur actio utilis allgemein geworden war. Sie stempelten also einfach die Ausnahme zur Regel, indem sie das Fragment aus seinem Zusammenhange herausnahmen. Bei genauerer sprachlicher Betrachtung hat es noch jetzt Spuren dieser Operation aufzuweisen, welche die aufgestellte Vermuthung fast zur Gewißheit machen. Wenn nämlich Ulpian eine einfache selbstständige Regel hätte vortragen wollen, so würde er unzweifelhaft haben sagen müssen:

> Procuratori in rem suam dato non est praeferendus dominus in litem movendam etc.

Der absolute Ablativ procuratore dato und das wiederholende procuratori würde auch in der Latinität seines Zeitalters eine unerträgliche Härte gebildet haben, wenn dabei nicht ein von dem procurator verschiedenes grammatisches Subject im Hintergrunde gelegen hätte. — Hiernach kann unsere Stelle für das classische Recht als mit den Resultaten der bisherigen Untersuchung durchweg übereinstimmend angenommen werden. Auf ihre Bedeutung für das Justinianische Recht werde ich noch gelegentlich zurückkommen.

Wenn nun die Negative als feststehend angenommen wird, daß die actio utilis nicht von der actio mandata abgeleitet war, so kommen wir zu der Hauptfrage nach der inneren Natur und näheren Beschaffenheit der actio utilis selbst. Diese Frage ist die schwierigste in der ganzen Materie, und von ihrer vollständigen Lösung noch am weitesten entfernt. Auch die neueren Darstellungen des Gegenstandes sind insofern ungenügend, als sie alle in den Quellen vorkommenden Fälle derartiger Klagen als gleichartig behandelt haben. Dies ist, wie ich glaube, entschieden unzulässig; es müssen innerhalb derselben zwei Gruppen unterschieden werden, welche nur den Hauptcharakter mit einander gemein haben, im Uebrigen aber auf ganz verschiedenen Basen beruhen. Die eine dieser Gruppen umfaßt diejenigen Fälle, welchen eine Universalsuccession, die andere diejenigen, welchen eine Singularsuccession zu Grunde liegt. Jene war bereits im Zeitalter der classischen Juristen vollständig ausgebildet; diese gehört dagegen der nachclassischen Periode an.

Die hier in Betracht kommenden Fälle der ersten Art sind namentlich folgende:

1) Das Fideicommiß einer Erbschaft gewährte ursprünglich dem Fideicommissar nur einen persönlichen Anspruch gegen den Erben auf Abtretung der Erbschaftsforderungen. Die Befugniß des Fideicommissars, die Erbschaftsschuldner unmittelbar utiliter zu belangen, wurde eingeführt durch das SC. Trebellianum vom Jahre 62.

   Gaj. II. §§. 252. 253.

Vergl. den Text des Senatusconsults in l. 1. §. 2. ad SC. Trebellianum (36,1).

2) Der Erbschaftskauf hat eine ganz ähnliche Entwickelung durchgemacht. Als Autorität für die actiones utiles wird hier ein Rescript von Antoninus Pius in Bezug genommen. l. 16. pr. de pactis (2,14).

3) Endlich gehört hierher die bereits besprochene *venditio bonorum* Gaj. IV. §. 35.

Die actio Serviana des bonorum emptor war wenigstens, wie wir gesehen haben, bereits zur Zeit des Gajus in regelmäßigem Gebrauch.

Man kann als sicher annehmen, daß alle diese actiones utiles eine und dieselbe Art von Klagformel hatten, welche sie außerdem mit der Klage des bonorum possessor theilten. Diese Formel bestand in der Fiction einer hereditas, durch welche das Recht des Successor auf das eines wahren Erben zurückgeführt wurde, wie es dem Zwecke einer Universalsuccession entsprach.

> Gaj. IV. §. 34. Si Aulus Agerius Lucii Titii heres esset, tum si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere etc.

oder wie die Fortsetzung sonst nach der Beschaffenheit der Hauptklage erforderlich war. Für den Fideicommissar ist der Gebrauch dieser Formel wenigstens andeutungsweise in der oben citirten Stelle des Gajus beglaubigt, worin gesagt wird:

> Praetor utiles actiones ei et in eum qui recepit hereditatem *quasi heredi et in heredem* dare coepit, eaeque in edicto proponuntur.

Für den Erbschaftskauf fehlt es allerdings an bestimmten Nachrichten darüber; indessen war in diesem Fall die Fiction einer Erbschaft jedenfalls noch viel näher liegend, als bei der bonorum emptio, wo die Formel von Gajus vollständig mitgetheilt ist.

Diese Klagen gehörten also zu der im älteren Recht vorherrschenden besonderen Klasse von actiones utiles, welche sich den Klagen des jus civile durch eine Fiction anschlossen, und darum auch den Namen actiones fictitiae führen.[2])

Es ergeben sich daraus für den Gebrauch derselben folgende Consequenzen. Wenn der Prätor eine solche Klage bewilligen wollte, mußte er ganz ebenso, wie bei der actio mandata, in jedem einzelnen Falle eine Legitimationsprüfung vornehmen. Nur ging dieselbe hier nicht bloß auf das Verhältniß zwischen auctor und successor in abstracto, sondern sie erstreckte sich auf den Successionsgrund. Mit anderen Worten:

2) Vergl. Savigny System Bd. V. S. 70 folg.

es war nicht mehr eine bloße legitimatio ad processum, sondern eine legitimatio ad causam, welche der Kläger zu führen hatte. Diese konnte denn auch nicht mehr wie jene, durch eine bloße Cautionsleistung de rato ersetzt oder ergänzt werden, sondern sie mußte dem Prätor vollständig erbracht werden. Dagegen erhielt der Kläger nun eine actio suo nomine; der Gegensatz zu der actio alieno nomine zeigte sich auch technisch in der Construction der Formel, welche nun auch in der intentio nicht mehr auf den Namen des auctor, sondern auf den des successor lautete. Der praktische Vorzug des neuen Rechts aber bestand hauptsächlich darin, daß der Erwerb des successor nicht erst von der Litiscontestation, sondern schon von dem Rechtsgeschäft zwischen ihm und dem auctor, also von der restitutio hereditatis, emtio hereditatis, emtio bonorum datirte. Von diesem Augenblicke an ging auch das Recht des auctor nicht bloß dem successor, sondern auch dem Schuldner gegenüber definitiv verloren. Der Schuldner wurde gegen den früheren Gläubiger durch eine Einrede der fehlenden Legitimation geschützt. Dies war entweder die generelle exceptio doli, oder eine in factum concipirte Einrede, und im letzteren Falle kam denn auch schon hier der jedesmalige besondere Grund der Succession in der Formel zum Ausdruck, so daß dieselbe etwa folgendermaßen lautete: si non ea pecunia qua de agitur pertinet ad hereditatem, quam A. A. ex fideicommisso restituit, oder quam vendidit, oder si non bona Auli Agerii venierunt. Jedenfalls kam die Frage nach der Wirksamkeit der Succession in diesem Falle nicht vor dem Prätor, sondern vor dem Judex zur Erörterung. Am klarsten geht das ganze Verhältniß aus folgender Stelle hervor:

> l. 27. §. 7. ad SC. Trebellianum (36,1). Qui ex Trebelliano SC. hereditatem restituit, si petat a debitoribus hereditariis — *exceptione restitutae hereditatis — summoveri potest;* actiones autem fideicommissario competunt, quas habuit heres *eo tempore, quo restituebat hereditatem.*

Ebenso sagt Ulpian in Bezug auf den Erbschaftskauf:

> l. 16. pr. de pactis (2,14). — Ex quo rescriptum est a divo Pio utiles actiones emtori hereditatis dandas, merito *adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest.*[3])

3) Dieser Stelle hat Windscheid, Actio S. 142, mit Rücksicht auf den Zusammenhang, in welchem sie steht, eine beschränktere Auslegung gegeben. Vergl. dagegen Bähr Jahrbücher für Dogmatik I. S. 383. — Uebrigens will ich noch darauf aufmerksam machen, daß von einer solchen exceptio venditae hereditatis nur dann mit Erfolg Gebrauch gemacht werden konnte, wenn der Titel des Erbschaftskäufers fehlerfrei war. Es wurde nicht seine formelle Qualification, sondern sein materielles Recht untersucht. c. 4. i. f. de hereditate vendita (4,39).

Dieſer eine Punkt — die Verfrühung des Zeitpunkts für die Wirkſamkeit der Succeſſion — iſt derjenige, in welchem die jetzt betrachteten Klagen mit den ſpäteren Fällen der Singularſucceſſion völlig übereinſtimmen. Im Uebrigen ſtehen ſie zu dieſen, wie ſich ſogleich zeigen wird, in keiner näheren Beziehung.

§. 63. Das pignus nominis als Vorbild der ſpäteren Singularſucceſſion.

Die zu einer Singularſucceſſion dienenden actiones utiles ſind, wie ich vorhin angedeutet habe, erſt ein Product der nachclaſſiſchen Periode. Jedoch waren dieſelben bereits vorbereitet durch die Behandlung, welche die ſpäteren claſſiſchen Juriſten einem zwar nicht unmittelbar unter den Begriff der Succeſſion fallenden, aber derſelben doch nahe verwandten Falle zu Theil werden ließen, nämlich der Verpfändung einer Schuldforderung.

Die Abzweigung eines jeden dinglichen Rechts von dem Eigenthum hat gewiſſe Eigenſchaften mit der Uebertragung des vollen Eigenthumsrechts gemein. Der dinglich Berechtigte erwirbt nicht daſſelbe Recht, welches der Eigenthümer hatte; dieſer verliert ſein Recht nicht in der Totalität. Aber das neue Recht iſt gleichwohl, wie bei der vollſtändigen Succeſſion, ein von dem des Eigenthümers abgeleitetes; es wird nur erworben, ſofern der Verleiher Eigenthum hatte. Die abgegrenzten Befugniſſe des Berechtigten ſind alſo gewiſſermaßen Gegenſtand einer Theilübertragung, und in Bezug auf dieſen Theil tritt der Erwerber zu dem Verleiher ganz in daſſelbe Verhältniß, wie der successor zu ſeinem auctor.

So weit es ſich um das Recht an einer körperlichen Sache handelt, waren die im römiſchen Recht vorhandenen Uebertragungsformen auch für einen unvollſtändigen derivativen Erwerb geeignet. Dies galt zum Theil auch von den künſtlichen Uebertragungsformen der mancipatio und in jure cessio (vergl. Gaj. II. §§. 30. seqq.), vor Allem aber von der natürlichen Unterlage der Eigenthumsübertragung, der Tradition. Die thatſächliche Einräumung des Beſitzes konnte ebenſo wie der Uebertragung des Eigenthums, auch der Einräumung eines Pfandrechts oder eines Nießbrauchs dienen.

Die künſtlichen Uebertragungsformen, welche das ältere Recht für den Verkehr mit Obligationen hatte, Novation und Litisconteſtation, waren für einen ähnlichen Zweck nicht brauchbar. Beide zerſtörten das Recht des auctor immer vollſtändig; der successor wurde immer Eigenthümer der abgetretenen Forderung, nichts Geringeres. — Gleichwohl machte ſich ein Bedürfniß des Verkehrs auch für die Einräumung eines

beschränkten Rechts an Forderungen geltend, und zwar namentlich in Bezug auf das Pfandrecht und den Nießbrauch, die ja beide auch am ganzen Vermögen bestellt wurden. Bei dem letzteren half man sich wie im Falle des Nießbrauchs an verbrauchbaren Gegenständen; dem Quasiusufructuar wurde die Disposition über das nomen vollständig überlassen und der Besteller des Nießbrauchs nur durch einen persönlichen Anspruch auf Rückgewähr (cautio usufructuaria) gesichert. Bei dem Pfandrecht war auch dieser Ausweg unanwendbar.

Die Versicherung einer Forderung durch ein dingliches Recht an einer körperlichen Sache kommt bekanntlich bei den Römern in einer dreifachen Gestalt vor. Die älteste Form (fiducia) übertrug dem Gläubiger volles Eigenthum; die zweite (pignus) Besitz mit Interdictenschutz; die dritte (hypotheca) gab ihm gar keine materielle Garantie, sondern nur eine auf Einräumung des Besitzes abzielende dingliche Klage. Von diesen Formen konnte also die älteste auch auf Forderungsrechte angewendet werden; wir haben zwar keine Nachricht davon, daß dies wirklich geschehen sei, aber es ist durchaus denkbar, daß der Schuldner seinem Gläubiger fiduciae causa eine Forderung durch Novation oder Litiscontestation übereignete und demgemäß nach erfolgter Befriedigung des Gläubigers ihn mit der actio fiduciae auf Rückübertragung belangte. Genau zu diesem Zustande würde man haben zurückkehren müssen, wenn man nach der Analogie des quasi usufructus ein quasi pignus nominis hätte construiren wollen. Der durch das Interesse des Verpfänders gebotene Fortschritt von fiducia zu pignus und hypotheca konnte hier mit den Mitteln des älteren Rechts nicht ausgeführt werden. Besitz sowohl, wie dingliche Klage war durch die Natur des Objects ausgeschlossen. Die Verpfändung einer Schuldforderung gewährte weder einen Anspruch gegen den Verpfänder, noch gegen den Schuldner; sie war rechtlich vollkommen wirkungslos.

Sollte diesem Uebelstande abgeholfen werden, so mußte sich der Prätor zur Gewährung eines eigenen neuen Rechtsmittels entschließen, für welches die vorhandenen Klagen gar keine Analogieen boten. Es mußte eine Klage des Pfandgläubigers gegen den Schuldner geschaffen werden, welche ihre Bedingungen zwar dem Bestande eines gültigen Pfandrechts zu entnehmen hatte, wie die actio hypothecaria, welche aber nicht wie diese eine dingliche, sondern nur eine persönliche, zugleich durch den Inhalt des verpfändeten nomen beschränkte Klage sein konnte. Daneben mußte der Schuldner dann gegen den Verpfänder wiederum durch eine Einrede der fehlenden Legitimation geschützt werden, für welche letztere in den bereits betrachteten Fällen schon ein Vorbild gegeben war. Dieser Ausweg wurde nun in der That von der späteren Rechtsbildung ergriffen, und die Quellen lassen auch gar keinen Zweifel darüber, daß

damit eine vollständig neue Schöpfung unternommen wurde. Die Hauptstellen über den Gegenstand sind folgende:

l. 18. pr. de pignoraticia actione (13,7) (Paulus) Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, *tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur.*

c. 4. quae res pignori (8,17) (Alexander Severus im J. 225). *Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter jam pridem placuit. Quare* si debitor is satis non fecerit cui tu credidisti, ille cujus nomen tibi pignori datum est — *utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id quod tibi deberi a creditore ejus probaveris compelletur, quatenus tamen ipse debet.*

c. 7. de hereditate vendita (4,39) (Diocletian u. Maximian). *Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori dentur, — utiles* — responsum est — *creditori postulanti dandas actiones.*

Es braucht nach dem Vorigen kaum erinnert zu werden, daß eine actio mandata des Pfandgläubigers in den Quellen niemals vorkommen kann und in der That niemals vorkommt. Sein Anspruch gegen den Schuldner gründet sich auf den besonderen Schutz des Prätor, welcher die conventio de pignore nominis überhaupt erst wirksam macht. In den beiden Codexstellen wird diese neu eingeführte Möglichkeit eines Forderungspfandrechts ganz deutlich als die einzige Grundlage der actio utilis hervorgehoben. Diese actio utilis war also jedenfalls auch keine actio fictitia, sondern hatte eine frei in factum concipirte Formel. Ein großer Theil auch der im Edict enthaltenen actiones in factum hatte ohne Zweifel einen ähnlichen selbstständigen Ursprung, so z. B. vor Allem die dingliche Pfandklage (actio Serviana und quasi Serviana) selbst. In späterer Zeit scheint die Bezeichnung nach dem Namen des Erfinders nicht mehr üblich gewesen zu sein; vielmehr werden dergleichen Klagen nur unter dem allgemeinen Namen actio utilis oder in factum aufgeführt.[1])

Die römischen Juristen waren namentlich seit Papinian sehr geneigt, dem materiellen Inhalt der Verträge, wo es nöthig war, durch solche außerordentliche Hülfsmittel Geltung zu verschaffen. Ein in den Kreis unserer Betrachtung speciell hineingehöriges Beispiel dieser Art liefert auch die aus Papinians Responsen entnommene

l. 96. §. 2. de solutionibus (46,3). Soror cui legatum ab herede fratre debebatur, post motam legati quaestionem

1) Einzelne Beispiele von geringerer Bedeutung hat Windscheid, Actio S. 129, beigebracht.

transegit, ut nomine debitoris contenta legatum non peteret. Placuit, quamvis nulla delegatio facta, neque litiscontestatio secuta esset, tamen nominis periculum ad eam pertinere; itaque si legatum contra placitum peteret, exceptionem pacti non inutiliter opponi.

Ich habe schon bei einer früheren Betrachtung dieser Stelle (S. 35) nachgewiesen, daß unter delegatio hier nicht die delegatio debitoris, sondern die delegatio nominis, d. h. das mandatum actionis zu verstehen ist, und daß der Zusammenhang statt des folgenden handschriftlichen liberatio die hier in den Text aufgenommene Lesart litiscontestatio erfordert. Demnach sind die Voraussetzungen des Falles folgende. Zwischen zwei Geschwistern war in Folge eines streitigen Anspruchs auf ein Legat ein Vergleich abgeschlossen worden, wonach die Prätendentin durch ein bei einem Schuldner des Gegners ausstehendes Kapital abgefunden werden sollte. Dieses nomen war aber nicht den Formen des älteren Rechts gemäß übereignet worden, es hatte weder mandatum actionis (delegatio nominis), noch Litiscontestation stattgefunden;[2]) der Vergleich war also noch nicht erfüllt. Unter diesen Umständen konnte überhaupt nur von einer beschränkten Wirksamkeit desselben die Rede sein; denn ein formloser Vertrag erzeugte ja keine Klage auf Erfüllung, sondern nur eine Einrede. Er kam also jedenfalls nur dem Schuldner zu Gute, und um die Gültigkeit in dieser Richtung dreht sich auch allein die Entscheidung des Juristen. An sich stand die Sache ebenso, als wenn die Abfindung in baarem Gelde versprochen, aber noch nicht gezahlt gewesen wäre. Wenn die Schwester ihren Anspruch auf das Legat wieder aufnahm, stand es in der Wahl des Bruders, ob er an den Vergleich gebunden sein wollte oder nicht; wenn er aber von seiner exceptio pacti Gebrauch machte, mußte er natürlich auch seinerseits zur Erfüllung des Vergleichs bereit sein, er konnte nun durch eine dilatorische replicatio doli (oder wie wir heutzutage sagen würden, non impleti contractus) gezwungen werden, die Vergleichssumme zu zahlen — oder in unserem Falle das nomen debitoris abzutreten. — Beide Modalitäten standen aber nur so lange einander gleich, als die Sicherheit des Abfindungskapitals unverändert blieb. So wie der Schuldner insolvent wurde, konnte der Klägerin nicht mehr zugemuthet werden, das werthlos gewordene nomen als vergleichsmäßige Abfindung anzunehmen; aus ihrer dilatorischen replicatio doli wurde in diesem Falle eine peremtorische Replik, welche den ganzen Vergleich hinfällig machte. Die Besorgniß vor einer nachtheiligen Veränderung

2) Wegen dieser in der Stelle ausdrücklich ausgesprochenen Thatsache ist namentlich die Auslegung unzulässig, welche ihr Bähr (Jahrbücher für Dogmatik I. S. 380, Note 30) gegeben hat.

in den Vermögensumständen des Schuldners hatte offenbar zu der Anfrage bei den Juristen besonders Veranlassung geboten, weshalb er diese Eventualität vorzugsweise in Erwägung zog. Dem strengen Rechte nach hatte das periculum nominis unter den vorliegenden Umständen nicht der Schwester, sondern dem Bruder zur Last gelegt werden müssen. Wir haben bei der Betrachtung der ganz analogen c. 3. h. t. schon gesehen, daß es im älteren Recht auch durch ein bloßes mandatum actionis noch nicht auf den Successor überging, sondern erst durch die Litiscontestation, weil ihm erst diese ein eigenes Recht gegenüber dem Schuldner gewährte. Papinian entschloß sich dennoch hier zu einer entgegengesetzten Entscheidung, und zwar lediglich um deswillen, weil nur um diesen Preis die Gültigkeit des Vergleichs überhaupt aufrecht erhalten werden konnte. Dies war aber nur möglich, wenn er gleichzeitig der abzufindenden Schwester aus dem Vergleiche allein eine Klage gegen den Schuldner, also eine exceptionelle actio utilis derselben Art wie die des Pfandgläubigers gewähren wollte. Das periculum nominis trifft immer nur denjenigen, der über das nomen disponiren, der es einklagen kann. Beides sind nothwendige Correlate.

l. 35. de rebus creditis (12,1).

l. 39. pr. de administratione tutorum (26,7).

Daß in unserer Stelle einer solchen Klage nicht ausdrücklich, sondern nur implicite Erwähnung geschieht, erklärt sich einfach daraus, daß der Fall in dieser Richtung nicht zur Entscheidung des Juristen gekommen war.

Die vergleichsweise Abtretung einer Forderung konnte indessen wegen ihrer geringeren praktischen Bedeutung nicht denselben Einfluß auf die Entwickelung im Allgemeinen haben, wie das Pfandrecht an einer Forderung. Die actio utilis der eben betrachteten Stelle scheint demnach im classischen Recht eine vereinzelte Ausnahme geblieben zu sein, während diejenige des Pfandgläubigers sich zu einem in Theorie und Praxis allgemein anerkannten Rechtsinstitut ausbildete, welches später das Vorbild für gleichartige Klagen in anderen Fällen abgegeben hat.

Bei weitem der wichtigste unter diesen späteren Fällen ist der des Kaufs einer Forderung; und gerade für diesen läßt sich der vollständige Nachweis führen, daß für die actio utilis des Forderungskäufers die Analogie des Forderungspfandrechts maßgebend gewesen ist. Dieser für die richtige Erkenntniß der inneren Natur dieser Klage höchst bedeutsame engere Zusammenhang ist bisher nicht genügend hervorgehoben worden. Die entscheidenden Zeugnisse dafür liegen in zwei Diocletianischen Rescripten, welche in dieser Richtung einer genaueren Betrachtung bedürfen. Zuerst

c. 7. de hereditate vel actione vendita (4,39). Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori

dentur, ordinarium visum est, post nominis venditionem utiles emtori, *sicut responsum est vel ipsi creditori postulanti*, dandas actiones.

Ich habe dieſer Stelle eine von der gewöhnlichen etwas abweichende Interpunction gegeben. Unſere Ausgaben haben das Komma hinter responsum est, ſo daß das Folgende alles zum Hauptſatze gehört und der Zwiſchenſatz mit sicut responsum est ziemlich bedeutungslos abgeſchloſſen iſt. Dadurch wird der charakteriſtiſche Sinn des Ganzen einigermaßen verwiſcht. Jedoch iſt derſelbe ſchon von Mühlenbruch (Ceſſion, dritte Auflage, S. 190) im Weſentlichen richtig wiedergegeben worden. Der Käufer einer verpfändeten Forderung ſoll eine actio utilis erhalten, gleichwie der Pfandgläubiger ſelbſt. Das Letztere war der erſte Schritt geweſen, für welchen bereits die Autorität der claſſiſchen Juriſten (responsum est) vorhanden war. Die Klage auch des Käufers war eine fernere, wahrſcheinlich durch Kaiſerliche Reſcripte in einzelnen Fällen approbirte Conſequenz deſſelben Princips, welche zu Diocletians Zeit bereits zur Regel geworden war (ordinarium visum est). Die Stelle hat aber allerdings zunächſt nur Beziehung auf den Zwangsverkauf des Pfandgläubigers und iſt darum nicht ſo allgemein beweiſend, wie die unmittelbar folgende:

c. 8. eod. Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis secundum ea quae pridem constituta sunt, *exemplo creditoris*, persecutio tribuitur.

Die Worte exemplo creditoris ſind von den neueren Auslegern dieſer Stelle ſtets auf den urſprünglichen Gläubiger, den Verkäufer des nomen, bezogen und daran mancherlei Betrachtungen über die vollſtändige Gleichſtellung von successor und auctor geknüpft worden.[3]) Dieſes Verſtändniß iſt indeſſen ſprachlich unzuläſſig. Exemplo creditoris kann nichts Anderes heißen, als: nach Analogie des Pfandgläubigers, ad similitudinem ejus cui nomen pignori datum est. Bei der Wichtigkeit, welche ich der dadurch zu beweiſenden rechtshiſtoriſchen Thatſache beilege, iſt mir darum zu thun, die Nothwendigkeit dieſer Interpretation möglichſt außer allen Zweifel zu ſtellen. Es mag deshalb Entſchuldigung finden, wenn ich für dieſen Zweck einen etwas größeren Quellenapparat aufwende, als ſonſt erforderlich ſein möchte.

Wir haben nur zwei Worte vor uns, deren Bedeutung zu unterſuchen iſt. Was zunächſt das zweite anbetrifft, ſo iſt bekannt, daß der Ausdruck creditor von den Römern mit Vorliebe zur Bezeichnung des

3) Vergl. Savigny Obligationenrecht I. S. 249. Windſcheid Actio S. 131, 194. Brinz Pandekten I. S. 562. Vangerow Pandekten III. §. 575. Anmerkung 2. Die richtige Auslegung findet ſich bereits in dem casus der Gloſſe ad h. l. in fine.

Pfandgläubigers gebraucht wird. Dies würde aber nicht hindern, das Wort im vorliegenden Falle dennoch auf den venditor nominis zu beziehen, weil in der Stelle gerade von der Abtretung der Pfandklage die Rede ist. Entscheidend für den Sinn des Ganzen ist nur die Bedeutung des Wortes exemplo. Exemplum ist bei den Römern ein völlig technischer Ausdruck für den in ihrer Rechtsfindung so bedeutsamen Begriff der juristischen Analogie. Es bedeutet das Vorbild, welches aus einem bereits feststehenden Rechtssatze entnommen wurde, um für einen noch zweifelhaften Fall, den der Fortschritt des Lebens hervorbrachte, eine Entscheidung zu gewinnen. Die neue Rechtsschöpfung, insbesondere die neue Klage, wird auf das exemplum der älteren zurückgeführt. So heißt es z. B.

> Publiciana *ad exemplum vindicationis* datur l. 35. pr. de O. et A. (44,7).

Besonders häufig dient der Ausdruck für die auf analoger Anwendung älterer Klagen beruhenden actiones utiles und in factum, z. B.

> *ad exemplum legis Aquiliae.* l. 12. 53. ad legem Aquiliam (9,2),
>
> *institoriae actionis.* l. 31. pr. de negotiis gestis (3,5), l. 16. 19. pr. de institoria actione (14,3), l. 13. §. 25. de actionibus emti (19,1).
>
> *Servianae actionis.* c. 1. de precario (8,9)

und in unzähligen anderen Fällen:

> l. 5. §. 12. de his qui effuderint (9,3), l. 58. de ritu nuptiarum (23,2), l. 9. pr. quod falso tutore (27,6), l. 18. pr. ad legem Falcidiam (35,2), l. 27. i. f. de donationibus (39,5), l. 1. §. 9. de superficiebus (43,18), c. 5. si aliena res pignori (8,16).

Als ein für die Entwickelungsgeschichte unserer Materie interessantes Beispiel dieser Art kann noch hervorgehoben werden:

> l. 20. de pignoribus (20,1). Cum convenit, ut is qui ad refectionem aedificii credidit, de pensionibus jure pignoris ipse creditum recipiat, etiam actiones utiles adversus inquilinos accipiet, *cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit.*

Schon von anderer Seite[4]) ist aus dieser Stelle mit Recht geschlossen worden, daß die actio utilis des Forderungspfandgläubigers in dem durch Uebergabe der Schuldurkunde bestellten Pfandrecht an einem verbrieften nomen ihren Ausgangspunkt gehabt hat. Vielfach wird die Bezeichnung exemplum ferner gebraucht, wenn gewisse Eigenschaften einer Klage auf eine andere analog übertragen werden sollen, z. B.

4) Bähr a. a. O. S. 385.

competit institoria *exemplo exercitoriae actionis.* l. 7. §. 1. de institoria actione (14,3),

Aehnlich l. 16. §. 1. de pecunia constituta (13,5),

überhaupt bei Analogieen von einem Rechtsinstitut auf das andere, z. B. von Kauf auf Tausch bei der Gewährleistung:

c. 1. de rerum permutatione (4,64),

mehrfach vom Legat auf die Schenkung von Todeswegen:

l. 2. de Publiciana actione (6,2), l. 77. §. 1. de legatis II. (31,1), l. 15. de mortis causa donationibus (39,6)

in Bezug auf die Inofficiosität von Testament auf Schenkung:

c. 6. de inofficiosis donationibus (3,29),[5])

und in manchen anderen Fällen:

Gaj. II. §. 200. — l. 67. de judiciis (5,1), l. 71. §. 1. de acquirenda vel omittenda hereditate (29,2). — l. 15. §. 9. de re judicata (42,1).

Alle diese Stellen geben nicht nur für eine innere Verwandtschaft der mit einander verglichenen Fälle Zeugniß, sondern haben zugleich die historische Bedeutung, daß der eine aus dem andern hervorgegangen, von ihm abgeleitet ist. Es handelt sich dabei immer um eine Uebereinstimmung beider in dem leitenden Princip, welches eben durch Uebertragung von einem Specialfall auf den andern zu einer vollständigeren inneren Entwickelung gelangte. Diese Gesichtspunkte machen es vollständig unmöglich, für unsere Stelle an eine Vergleichung der utilis actio des Forderungskäufers mit der actio directa des Verkäufers zu denken, welche derartige Berührungspunkte mit einander gar nicht haben konnten. Das gemeinte exemplum kann vielmehr hier wiederum nur in einer älteren actio utilis ähnlicher Art bestehen, welche, wie in der vorangegangenen Stelle, die des Pfandgläubigers war. Ich will zum Schluß dieses exegetischen Excurses noch auf eine Stelle aufmerksam machen, in welcher dieselben Worte exemplo creditoris genau in demselben Sinne vorkommen, nämlich:

l. 2. de pignoribus (20,1). Fidejussor, qui pignora vel hypothecas suscepit, atque ita pecunias solvit, si mandati agat, vel cum eo agatur, *exemplo creditoris* etiam culpam aestimari oportet.

Kaiser Diocletian führt die actio utilis des emtor nominis auf jam pridem ergangene Kaiserliche Constitutionen zurück. Bei den Pandektenjuristen kommt sie indessen noch gar nicht vor, und ebensowenig in den älteren Codexstellen:

c. 1. de contrario judicio tutelae (5,58) vom Jahre 201.

5) Synonym wird in c. 9. eod. und in der sogleich näher zu betrachtenden c. 2. de O. et A. (4,10) der Ausdruck ad similitudinem gebraucht.

c. 1. h. t. vom Jahre 223 (wiederholt in c. 3. de hereditate vel actione vendita 4,39).

Vielleicht kann auch aus c. 1. de O. et A. (4,10) vom Jahre 242 geschlossen werden, daß sie damals noch nicht existirte, wenngleich diese Stelle nur von einem kaufähnlichen Geschäft spricht. (Vergl. oben S. 398.) Jedenfalls war die Entwickelung um die Mitte des dritten Jahrhunderts vollendet, denn schon im Jahre 260 reskribiren die Kaiser Valerian und Gallienus:

c. 2. de O. et A. (4,10). Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit, nec litiscontestatio subsecuta sit, *utilem* tamen marito *actionem ad similitudinem ejus qui nomen emerit, dari oportere saepe rescriptum est.*

(Vergl. über die Stelle schon oben S. 35.)

Damals war also schon die fernere Erweiterung des Princips auf den Fall der datio in dotem anerkannt. In diesen beiden Gliedern ist der Stammbaum dieser actiones utiles urkundlich beglaubigt. Fernere Beispiele aus späterer Zeit sind: datio in solutum nach c. 5. quando fiscus (4,15) von Diocletian, während der Fall in c. 3. h. t. vom Jahre 239 noch streng nach älterem Recht beurtheilt ist, und in einem anderen Diocletianischen Reskript c. 6. de O. et A. (4,10) die actio utilis wenigstens nicht erwähnt wird; ebenso legatum nominis nach c. 18. de legatis (6,37) ebenfalls von Diocletian. Es ist möglich, daß eine oder die andere von diesen Stellen erst durch die Compilatoren dem späteren Recht accommodirt worden ist.[6]) Sicher erst dem Justinianischen Zeitalter gehört die Gleichstellung der Schenkung eines nomen an. (c. 33. de donationibus 8,54.)

Dagegen sind entschieden älteren Ursprungs und darum einem anderen Entwickelungsgange zuzuzählen einige Fälle der sogenannten nothwendigen oder fingirten Cession, deren Natur hier nicht näher erörtert werden kann.[7])

§. 64. Das Wesen der Cession als der Activsuccession des späteren Rechts.

Das Resultat dieser ganzen Entwickelung ist eine Singularsuccession in obligatorische Rechte von einer ganz neuen Gestalt, nämlich, wie bemerkt, eine Succession ohne alle Vollzugsform, ein derivativer Erwerb

6) Dies deutet auch Bähr a. a. O. S. 388, Note 39 an.

7) Man vergleiche l. 13. §. 25. de act. emti (19,1) mit l. 49. §. 2. de acquir. vel am. possess. (41,2), ferner l. 2. §. 1., l. 3. de cond. indebiti (12,6), l. 8. §. 16. de inofficioso testamento (5,2), l. 57. de legatis I. (30,1), c. 2. de contrario judicio tutelae (5,58), l. 1. §. 13. de tutelae et rationibus distrahendis (27,3) und einige andere Fälle.

ohne modus acquirendi, allein gegründet auf das zwiſchen dem auctor und successor geſchloſſene, auf die Uebertragung abzielende Rechtsgeſchäft. Dieſes neue Rechtsinſtitut iſt dasjenige, welches in den Quellen der Juſtinianiſchen Zeit den Namen der Ceſſion trägt, den ich denn auch im Folgenden ausſchließlich dafür gebrauchen werde.

Die römiſche Ceſſion iſt wiederum eine vollſtändige Uebertragung der cedirten Forderung, eine wahre Succeſſion, kein bloßes Surrogat derſelben. Denn der Ceſſionar erwirbt ein eigenes Recht gegen den debitor cessus, welches er mit der actio utilis ſelbſtſtändig verfolgen kann. Der Cedent dagegen verliert gleichzeitig ſein Recht gegen den Schuldner, der ihm gegenüber durch eine Einrede geſchützt wird. In jener Klage verkörpert ſich die obligatoriſche, in dieſer Einrede die liberatoriſche Seite der Succeſſion. Beide entſpringen aus demſelben Fundament, dem Vertrage zwiſchen dem Cedenten und Ceſſionar. — Der Letztere aber erwarb dem Schuldner gegenüber nicht mehr Rechte, als der Cedent gehabt hatte. Hierin zeigt ſich die abgeleitete Natur ſeines Rechts, mit welcher die Bedingungen der Succeſſion vollſtändig hergeſtellt werden.

Es liegt uns zunächſt ob, die Eigenthümlichkeiten dieſer neuen Rechtsſchöpfung in ihrer urſprünglichen Reinheit näher zu unterſuchen. Sodann werden wir die Rückwirkung derſelben auf die Succeſſion des älteren Rechts und die theilweiſe Verſchmelzung beider zu betrachten haben. Der im vorigen Paragraphen nachgewieſene hiſtoriſche Zuſammenhang zwiſchen Ceſſion und Verpfändung einer Forderung berechtigt uns, bei der jetzigen Unterſuchung auf dieſes verwandte Inſtitut zu recurriren. Der Ceſſionar ſollte Eigenthümer der Forderung werden, der Pfandgläubiger nur ein beſchränktes Recht erwerben. Aber das Verhältniß beider Partheien zum Schuldner, die Rechtsmittel gegen und für dieſen waren, wie wir geſehen haben, in beiden Fällen gleichartig. Das ältere Vorbild liefert für die Natur der ſpäteren Analogie den zuverläſſigſten Aufſchluß.

Ich beginne mit dem Verhältniß zwiſchen Ceſſionar und Schuldner, alſo mit der actio utilis des Ceſſionars. Der Urſprung dieſer Klage aus der des Pfandgläubigers liefert hier zunächſt die vollſtändigſte Beſtätigung für die ſchon oben vertheidigte Negative, daß dieſelbe mit der älteren actio mandata nichts gemein hat. Der Pfandgläubiger hatte gar keine actio mandata; ſein Recht beruhte nur auf der tuitio praetoris. Wir müſſen aber jetzt auch der Frage nach der poſitiven Natur der Klage näher treten. Ich habe bereits bemerkt, daß wir derſelben keinen durch eine Fiction vermittelten Anſchluß an eine ältere Klage unterlegen, ſondern nur eine frei in factum concipirte Formel vorausſetzen können. Ich verzichte indeſſen auf den Verſuch, eine ſolche Formel

zu reconſtruiren, welcher immer nur ein ſehr hypothetiſches Reſultat liefern könnte. Die materiellen Bedingungen der Klage ſind durch die Natur der Sache und den Zweck des Rechtsgeſchäfts gegeben. Hauptgrundlage war ſelbſtverſtändlich das Vorhandenſein eines gültigen Pfandrechts an dem nomen, alſo zuvörderſt eine conventio de pignore, und ſodann der Mangel einer Befriedigung des Klägers durch den Hauptſchuldner — eine negative Condemnationsbedingung, die wahrſcheinlich auch in der Formel der actio hypothecaria ſtand: si non ea pecunia qua de agitur soluta sit, satisve eo nomine factum sit, neque per A. A. steterit, quominus solvatur oder ähnlich.

Soweit ſtimmte der Klaggrund mit dem der dinglichen Pfandklage überein; dagegen konnte das Pfandſtück hier weder in bonis des Verpfänders noch im Beſitze des Verklagten ſein, ſondern ſtatt deſſen mußte jener Gläubiger, dieſer Schuldner des verpfändeten nomen ſein. Die neue Klage war eine perſönliche, welche denn namentlich auch ihr Petitum dem Inhalte des verpfändeten nomen entnahm. Die Römer machten aber hier einen Unterſchied zwiſchen einem nomen pecuniarium und corporis alicujus:

> l. 18. pr. de pignoraticia actione (13,7). — Si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicujus, id quod acceperis erit tibi pignoris loco.

Im letzteren Falle konnte der Pfandgläubiger alſo das nomen ebenſo beitreiben, wie der Verpfänder, und gewann dann ein Sachpfandrecht an dem erhaltenen corpus; im erſteren dagegen nur ſo weit, als die Schuld des Beklagten nicht ſeine eigene Forderung an den Gläubiger überſtieg. Die Klage ging hier immer nur auf das minus.

> c. 4. quae res pignori (8,17). — Si debitor is satis non fecerit cui tu credidisti, ille cujus nomen tibi pignori datum est — utilibus actionibus satis tibi facere *usque ad id, quod tibi deberi a creditore ejus probaveris*, compelletur, *quatenus tamen ipse debet.*

Die letztere Stelle iſt in Bezug auf das eigentliche Fundament der Klage beſonders inſtructiv. Es iſt hauptſächlich nur von derjenigen Forderung die Rede, wegen der der Kläger ſeine Befriedigung ſucht, nur nebenher von der Schuld des Beklagten, aus welcher dieſe Befriedigung geſchehen ſoll. Jene bildet das Beweisthema, dieſe nur eine Beſchränkung für den Umfang des Klageanſpruches. Wir würden umgekehrt gerade die letztere für den Klaggrund, jene nur für einen Beſtandtheil der Sachlegitimation des Klägers erklären.

Es folgt aus dieſer ganzen Erörterung zunächſt das Eine, daß dasjenige, was wir legitimatio ad causam nennen, bei der actio utilis

des Pfandgläubigers nicht vor dem Prätor, ſondern vor dem Judex verhandelt wurde. Dadurch unterſcheidet ſich dieſe Klage weſentlich nicht nur von der actio mandata des älteren Rechts, ſondern auch von denjenigen actiones utiles, welche eine Univerſalſucceſſion durch Fiction der hereditas vermittelten. Bei jenen beiden Klaſſen von Rechtsmitteln mußte die Legitimationsprüfung, wie wir geſehen haben, nothwendig vor dem Prätor erfolgen und der Bewilligung der Klage vorausgehen. Hier war die Legitimation Theil des Klaggrundes, und zwar Hauptbeſtandtheil deſſelben geworden.

Ich glaube in dieſer Auffaſſung ſogar noch einen Schritt weiter gehen zu müſſen. Wahrſcheinlich wurde der Proceß zwiſchen Pfandgläubiger und Schuldner um die Gültigkeit des Pfandrechts, alſo die Dispoſitionsbefugniß, die Legitimation des Klägers, ausſchließlich geführt. Die Forderung, welche Object des Pfandrechts war, konnte als Gegenſtand des Rechtsſtreites gar nicht zur Erörterung kommen, ſondern die Klage war überhaupt nur in dem Falle zuläſſig, das Pfandrecht nur dann wirkſam, wenn dieſe Forderung unſtreitig war. Dies iſt zwar nicht allgemein zu beweiſen, wohl aber für eine beſondere Gattung des Pfandrechts, nämlich das pignus in causa judicati captum.

l. 15. §§. 8—10. de re judicata (42,1).

c. 3. quando fiscus (4,15). *Si debitum non inficiantur* hi, quos obnoxios debitoribus fisci esse proponis, potest videri non esse iniquum, quod desideras, ut ad solutionem per officium procuratoris compellantur; *nam si quaestio aliqua refertur, id concedi non oportere, etiam ipse perspicis.*

Die Entſcheidung wird hier ſo deutlich auf ein allgemeines Princip zurückgeführt, daß wir kaum umhin können, daſſelbe auch für Vertragspfänder als gültig vorauszuſetzen, ſo wenig es uns auch heutzutage einleuchten würde. — Dadurch erklärt ſich noch vollſtändiger, was die vorhin betrachtete Stelle andeutet, daß die Schuld des Beklagten nicht für den Grund, ſondern nur für den Umfang ſeiner Verurtheilung, alſo auch wahrſcheinlich nur in der condemnatio, nicht in der intentio der Formel, in Betracht kam.

Daſſelbe Princip galt denn wohl urſprünglich auch für die Ceſſion im Allgemeinen. Die actio utilis des Ceſſionars war nur für ein nomen confessum beſtimmt. Streitige Forderungen konnten mit der Wirkung der Ceſſion im Gegenſatze zu den Succeſſionsformen des älteren Rechts gar nicht abgetreten werden. Eine wohl erkennbare Spur dieſes Grundſatzes findet ſich noch in einer Stelle, welche zugleich über die ſpätere Entwickelung deſſelben Aufſchluß giebt. Sehr begreiflicherweiſe wurde der Satz nämlich in Parallele geſetzt mit dem Veräußerungsverbot körper-

licher Sachen im Falle der Litigiosität. Dadurch modificirte sich denn allmählich der Begriff einer streitigen Forderung dahin, daß auch hier Litigiosität im engeren Sinne, d. h. Rechtshängigkeit subintelligirt wurde. Für diesen Fall ist die Nichtcessibilität bekanntlich noch im Justinianischen Recht stehen geblieben. Die Stelle, welche ich meine, ist

> c. 3. de litigiosis (8,37). Quicunque rem litigiosam, *vel ambiguum chirographum* — legaverint etc. Quod et de chirographis placet, ut heredes relictorum fisco vel aliis personis praesentem pecuniam numerent, et judicio *eos quos obnoxios existimant*, persequantur.

Hier ist sowohl im Eingange wie am Schluß res litigiosa und chirographum *ambiguum* anscheinend noch in bestimmten Gegensatz zu einander gestellt. — Die allgemeinere Geltung dieses Principes erklärt zugleich, warum die Frage nach den Einreden, welche dem Cessionar aus der Person des Cedenten entgegenzustellen sind, hier noch weniger gestellt werden konnte, als bei den älteren Successionsformen.

Die Verhandlung des Legitimationspunktes vor dem Judex hat zunächst nur eine processualische Bedeutung, welche mit dem Untergange des Formularprocesses verloren ging. Es ergiebt sich aber daraus eine fernere, für das materielle Recht äußerst erhebliche Consequenz. Die Sachlegitimation in dieser neuen Gestalt, als Hauptfundament der actio utilis, erforderte nämlich eine Untersuchung und nöthigenfalls den Beweis der causa cessionis. Von dieser wurde die Cession selbst abhängig. Auch in diesem Punkte steht sie in einem entschiedenen Gegensatze zu dem älteren Recht. Für die actio mandata brauchte sich der Successor nur abstract, als procurator in rem suam zu legitimiren, d. h. durch ein Rechtsgeschäft, welches die Uebertragung der Forderung allein, gleichviel aus welchem Grunde, zum Gegenstande hatte. Die causa kam weder dem Schuldner, noch dem Richter gegenüber zur Erscheinung. Bei der actio utilis mußte der Cessionar aus einem concreten Rechtsgeschäft klagen, welches die Uebertragung in sich schloß; er mußte als Käufer, Dotalberechtigter, Schenknehmer der Forderung auftreten. Diese Eigenschaft der römischen Cession verdient um so mehr hervorgehoben zu werden, als sie im heutigen Rechte wieder verschwunden ist, ohne daß dieser Gegensatz bisher irgend zum klaren Bewußtsein gekommen wäre.[1])

1) Die Umwandlung gehört erst der neueren Zeit an. Noch bis in das achtzehnte Jahrhundert hinein war es feststehender Rechtssatz, daß zur Gültigkeit einer Session auch der Nachweis ihrer causa gehöre. Ulr. Huber praelect. juris civil. ad tit. dig. mandati num. 5. Leyser medit. ad pand. spec. 201. IV. Durch einen jener langsamen, unmerklichen Umbildungsprocesse, deren die Rechtsgeschichte einem aufmerksamen Beobachter viele darbietet, ist dieser Satz allmählich aus dem geltenden Rechte eliminirt worden, ohne daß davon jemals ausdrücklich gesprochen worden wäre. Ich will nur beiläufig erinnern, daß auch die Stellung der lex Anastasiana dadurch wesentlich modificirt worden ist.

Für unſeren Zweck mögen dieſe allgemeinſten Betrachtungen über das Weſen der actio utilis des Ceſſionars genügen. Wir haben jetzt noch in ähnlicher Art auf das Verhältniß des Schuldners zum Cedenten einzugehen.

Die herrſchende Lehre ſagt: der Cedent bleibt Gläubiger, und kann auch ſeine Forderung mit wirklichem Erfolge geltend machen, ſo lange nicht dem Schuldner ſeitens des Ceſſionars ein Inhibitorium, eine Denunciation zugegangen iſt. Auf dieſe minder förmliche Rechtshandlung ſoll die urſprünglich nur der Litisconteſtation zukommende Wirkung kraft poſitiver Rechtsvorſchrift übertragen ſein. Dieſe Auffaſſung hängt in der Hauptſache mit der bereits genügend widerlegten Theorie von der Unübertragbarkeit der Forderungen, nach welcher der Cedent nur die Ausübung eines fremden Rechts erwerben ſoll, zuſammen. Zwar hat neuerdings auch Windſcheid dieſelbe aufrecht zu erhalten geſucht, indem er die Denunciation der Beſitzergreifung bei der Uebertragung einer körperlichen Sache vergleicht. Allein auch dieſer Geſichtspunkt findet in den Quellen keinen genügenden Anhalt.

Der Cedent verliert ſein Recht mit der Ceſſion ſelbſt vollſtändig und unwiderruflich. Der Schuldner erwirbt gegen ihn eine Einrede, welche ich ſchon mehrfach als Einrede der fehlenden Legitimation qualificirt habe. Ausdrücklich bezeugt iſt dies für das pignus nominis, welches auch hier wiederum einen ſicheren Schluß auf die davon abſtammende Ceſſion geſtattet.

> l. 18. pr. de pignoraticia actione (13,7). Si convenit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia, et *debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur.*

Wir haben hier überdies die fernere Analogie der bereits früher unterſuchten Fälle von Univerſalſucceſſion vor uns. Die Einrede konnte wiederum entweder als exceptio doli, oder in factum gebraucht werden, ſo daß ſie dann etwa lautete: si non convenit inter A. A. et Lucium Titium, ut id nomen quo de agitur Lucio Titio pignori sit. Aehnlich im Falle des Forderungskaufes: si non A. A. id nomen quo de agitur Lucio Titio vendidit, u. ſ. w.

Die Sicherheit des Schuldners erforderte nun allerdings die Berückſichtigung der Möglichkeit, daß er an den Cedenten zahlte, oder ſonſt mit ihm verhandelte, ohne von der Ceſſion Kenntniß zu haben. In ſolchen Fällen wurde er allerdings frei, aber nicht weil der Cedent Gläubiger, ſondern obgleich er es nicht mehr war. Dies iſt nur eine Conſequenz des allgemeinen Grundſatzes, daß der Schuldner an jeden zum Empfange berechtigt Geweſenen ſo lange gültig zahlen kann, als er in bona fide iſt, d. h. als er von dem Aufhören ſeiner Berechtigung

nichts weiß. Ganz klar ist dies für die älteren Fälle des Erbschaftskaufes und Fideicommisses ausgesprochen in

> l. 17. de transactionibus (2,15). Venditor hereditatis, emtori mandatis actionibus, cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit. Si emtor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, *exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accommodanda est.* Idem respondendum est et in eo, qui fideicommissam recepit hereditatem, si heres cum ignorante debitore transegerit.

Es liegt offenbar nicht der mindeste Grund vor, diese Entscheidung, wie Mühlenbruch und Puchta wollen, auf eine Singularität der beiden genannten Fälle zurückzuführen. Für den Cessionar entsprang aber aus dieser Eventualität die dringende Veranlassung zu einer Cautel, welche eben in der Benachrichtigung des Schuldners von der Cession bestehen mußte. Daraus erklärt sich dann sehr natürlich, weshalb in anderen Stellen von einer Certioration oder Denunciation des Cessionars an den Schuldner die Rede ist:

> c. 4. quae res pignori (8,17) — nisi ei cui debuit solvit, *nondum certior a te de obligatione tua factus,*

und in den früher als interpolirt nachgewiesenen Worten der c. 3. h. t.

> ante quam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel *debitori tuo denunciaverit,* exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris.

Ich brauche diesen Gegenstand hier um so weniger weiter zu verfolgen, als er in der mehrfach citirten Abhandlung von Bähr (Jahrbücher für Dogmatik I. S. 414 folg.) äußerst befriedigend erörtert worden ist.

Die charakteristische Eigenthümlichkeit des ganzen Rechtsgeschäfts ist, daß nach beiden Seiten die Wirkung auch dem Schuldner gegenüber, also mit einer Art von dinglichen Kraft, ohne einen äußeren Vollzugsact eintrat. Dieses Princip erklärt, daß nicht bloß der klagbare Consensualcontract (Kauf), sondern auch die bei den Römern nicht klagbaren Realcontracte (datio in dotem, datio in solutum) eine wirksame Grundlage der Cession abgeben konnten. Dieselbe Gattung von Verträgen, welche bei körperlichen Sachen vor erfolgter Uebergabe durchaus imperfect und dem freien Reurecht der Contrahenten unterworfen blieben, erzeugten in der Anwendung auf nomina nicht nur ein unwiderrufliches Recht unter den Partheien, sondern sie waren gewissermaßen ipso facto erfüllt. Es leuchtet ein, daß dieses neue Princip wiederum eigenthümliche Nachtheile in seinem Gefolge hatte. Sowohl der Erwerb des Cessionars, als der Verlust des Cedenten wirkte über den Kopf des Schuldners hinweg. Der Fortschritt, den die Rechtsentwickelung zu Gunsten

des Ceſſionars machte, ging alſo zum Theil auf Koſten des Schuldners vor ſich. Materiell wurde ſeine Lage dem neuen Gläubiger gegenüber allerdings nicht verſchlimmert. Aber ſchon die Möglichkeit einer Unſicherheit über die Perſon ſeines Gegners konnte ihm nicht nur proceſſualiſche Weiterungen, ſondern auch Gefahr und Verantwortung aufbürden. Ein Streit zwiſchen dem Cedenten und Ceſſionar konnte nur ihm gegenüber ausgefochten werden. Alles dies ſind Uebelſtände, die noch im heutigen Recht empfunden werden. Auch hierin ſpiegelt ſich wieder die Abſtammung der Ceſſion aus dem Pfandrecht. Der Mangel einer erkennbaren Vollzugsform für die Ceſſion iſt das Analogon für die fehlende Publicität des Pfandes, welche das römiſche Hypothekenſyſtem für unſere entwickelten Verkehrsverhältniſſe faſt unbrauchbar gemacht hat. Hier wie dort wird es die Aufgabe nicht nur der Geſetzgebung, ſondern auch vor Allem der Rechtswiſſenſchaft ſein, aus einer gewiſſenhaften Unterſuchung des Bedürfniſſes die richtigen Wege zur Abhülfe abzuleiten. In der Uebung dieſes nicht nur reproductiven, ſondern original ſchöpferiſchen Berufes werden die römiſchen Juriſten immer unſere höchſten Vorbilder bleiben. Nur ehrt ſie derjenige am ſchlechteſten, der ſich durch einen übelverſtandenen Reſpect den vorurtheilsfreien Blick auf ihre Reſultate verſchließt, für welche ſie ſelber niemals abſolute Geltung beanſprucht haben.

§. 65. Rückwirkung auf die ältere Succeſſionsform. Verſchmelzung beider Inſtitute im Juſtinianiſchen Recht.

Die Ceſſion war alſo ein dem ſpäteren römiſchen Recht angehöriges Rechtsinſtitut, welches nicht aus der älteren Succeſſion per litiscontestationem abgeleitet, ſondern neben derſelben durchaus unabhängig emporgewachſen war. Aelteres und neueres Recht hatten zunächſt gar keine innere Beziehung zu einander, ſondern ſtanden ſich unvermittelt gegenüber. Die Folge davon war, daß, wie in ähnlichen Fällen auf anderen Gebieten, das dem einen Syſtem angehörige Rechtsmittel, die actio mandata, mit dem des anderen, der actio utilis, concurrirte, ſofern nur die an ſich verſchiedenen Bedingungen beider gleichzeitig vorhanden waren. Wer alſo z. B. eine Forderung kaufte, hatte als Käufer suo nomine die actio utilis gegen den Schuldner; wurde er aber außerdem zum procurator in rem suam beſtellt, ſo konnte er auf Grund dieſer beſonderen Legitimation auch alieno nomine die actio mandata anſtellen. Ob er den einen oder den anderen Weg betreten wollte, ſtand in dieſem Falle lediglich in ſeinem Belieben. Dieſer Rechtszuſtand iſt in den S. 401 angeführten Codexſtellen vollſtändig erkennbar.

Wo aber zwischen dem einen und dem anderen Klagefundament in Bezug auf die materiellen Rechtswirkungen Verschiedenheiten bestanden, wurden die Grundsätze des neuen Instituts nunmehr allgemein angewendet, und demgemäß auch auf das ältere Rechtsmittel übertragen. D. h. also namentlich: so weit ein definitiver Rechtserwerb des Cessionars aus dem Veräußerungsvertrage ohne Vermittelung der Litiscontestation durch Gestattung einer actio utilis anerkannt wurde, so weit kam ihm derselbe auch in dem Falle zu Statten, wenn er sich der actio mandata bediente. Das mandatum actionis wurde in gleichem Umfange unwiderruflich und vererblich. Das erheblichste Zeugniß dafür haben wir bereits in der S. 402 näher betrachteten l. 55. de procuratoribus (3,3) kennen gelernt. Ulpian konnte einen solchen Satz, wie wir gesehen haben, nicht allgemein, sondern nur für diejenigen Fälle aussprechen, in welchen für ihn eine actio utilis des Cessionars existirte. Die Compilatoren haben ihn generalisirt, und damit auf das ganze Gebiet der später entwickelten Cession ausgedehnt. Der actio mandata wurde damit gewissermaßen das neue Klagfundament der actio utilis untergeschoben, und der Unterschied zwischen beiden Klagen dergestalt auf einen bloß processualischen reducirt. Aehnliche Anwendungen desselben Princips für Einzelfälle des älteren Rechts finden sich in den ebenfalls bereits erörterten beiden Stellen: l. 16. pr. de pactis (2,14) S. 405 und l. 17. de transactionibus (2,15) S. 420; die letztere spricht ausdrücklich von emtori mandatis actionibus, die erstere ist ihrem Zusammenhange nach jedenfalls auf die actio mandata mitzubeziehen. Für das Justinianische Recht gehört endlich hierher auch die früher erwähnte Interpolation der c. 3. h. t. S. 392.

Eine solche Umwandelung in der Behandlung der actio mandata war in der That eine unumgängliche Consequenz des geänderten materiellen Rechtszustandes. Seit der Käufer einer Forderung schon durch den Kauf selbst einen klagbaren Anspruch gegen den Schuldner erwarb, konnte ihm die Litiscontestation nichts mehr zuwenden, was er nicht schon hatte. Die Klage alieno nomine hatte ihre innere Bedeutung verloren, denn streng genommen existirte ein dare oportere für den Verkäufer, worauf das condemnari oportere des Käufers gestützt werden sollte, gar nicht mehr. Das fremde Recht, woraus die actio mandata abgeleitet wurde, war durch das eigene Recht des Cessionars nicht nur überflüssig gemacht, sondern ausgeschlossen.

Mit diesem Verschwinden einer eigenthümlichen Grundlage für die actio mandata war nun offenbar bereits deren gänzlicher Untergang vorbereitet. Die bloß processualische Verschiedenheit konnte ihr keine lebendige Fortexistenz sichern, zumal da seit dem Aufhören des Formularprocesses jedes sichtbare Merkmal für eine Unterscheidung in dieser Rich-

tung wegfiel. In der späteren extraordinaria cognitio wurde nur das materielle Recht des Klägers untersucht, und dieses folgte ausschließlich den Grundsätzen der actio utilis. Es ist sehr möglich, daß sich die Ertheilung einer ausdrücklichen mandatum agendi in der älteren Form auch in dem nachdiocletianischen Zeitalter in den üblichen Geschäftsformularen als eine verbreitete Cautel fortgeschleppt hat. Von praktischem Werthe war eine solche Legitimation damals nicht mehr; der procurator in rem suam war zu einer veralteten Rechtssubtilität herabgesunken. Nicht auf einer äußerlichen Form des Uebertragungsactes, sondern nur auf dem materiellen Inhalte desselben beruhte zur Justinianischen Zeit das Recht des Cessionars. — Vielleicht ist dieses allgemeine Bild des Entwickelungsganges in einem Punkte zu modificiren. Ich habe im vorigen Paragraphen als wahrscheinlich angedeutet, daß die actio utilis ursprünglich für streitige Forderungen nicht anwendbar gewesen, sondern auf diese (mit Ausnahme der rechtshängigen) erst in einem späteren Stadium ausgedehnt worden ist. Um dies zu ermöglichen, mußte sie dann ein ihr bis dahin fremdes Element in sich aufnehmen, nämlich die Untersuchung der Rechtsbeständigkeit der cedirten Forderung selbst, bei welcher denn auch die Frage nach den Einreden des debitor cessus dem Cessionar gegenüber zur Sprache kam. Für diesen Gegenstand mußte nothwendig das Vorbild des älteren Rechtsmittels maßgebend sein, und insoweit haben also die materiellen Grundsätze des älteren Rechts umgekehrt einen Einfluß auf das neue gewonnen; es hat eine wahre Verschmelzung zwischen beiden stattgefunden.

Das Detail dieses Processes ist uns unbekannt, das Hauptresultat desselben ergiebt sich aber sehr klar aus dem Inhalte derjenigen Justinianischen Verordnung, durch welche die Entwickelung ihren Abschluß erhalten hat, nämlich der c. 33. de donationibus (8,54). Dieses Gesetz bezieht sich ausschließlich auf die Schenkung eines nomen, und zum richtigen Verständnisse desselben ist ein kurzer Rückblick auf die Besonderheiten dieses Falles im älteren Recht erforderlich.

Die allgemeinen Grundsätze über die Wirksamkeit des mandatum actionis waren in ihrer speciellen Anwendung auf den Fall der Schenkung schon im classischen Recht in mehreren wesentlichen Punkten modificirt durch den Einfluß der lex Cincia. Dieses Gesetz machte bekanntlich einen Unterschied zwischen der Schenkung unter Fremden und der unter gewissen begünstigten Classen einander näher stehender Personen (personae exceptae). Dieser Unterschied bezog sich nicht nur auf das erlaubte Maß der Schenkung, sondern auch auf die zur Perfection derselben erforderliche Form. Auch die letztere war bei den personis exceptis erleichtert, und zwar in verschiedener Art je nach dem Gegenstande der Schenkung. Bei der Schenkung eines nomen bestand diese

Erleichterung darin, daß das bloße mandatum actionis ohne darauf folgende Litiscontestation als eine gültige Vollzugsform der Schenkung anerkannt war. Dieser — übrigens wahrscheinlich nicht auf dem Gesetze selbst, sondern auf wissenschaftlicher Interpretation — beruhende Grundsatz, geht hauptsächlich aus folgenden Stellen unzweifelhaft hervor:

Vat. fragm. §§. 260. 263.

c. 2. 11. i. f. de donationibus (8,54).

Ich habe dieselben sämmtlich bereits früher (S. 36) erörtert, und namentlich die Bedeutung des darin vorkommenden Ausdrucks delegatio besprochen, dessen Zweideutigkeit die bisherige mangelhafte Erkenntniß ihres Inhalts verschuldet hat. In diesem Falle gewährte also ausnahmsweise die Bestellung zum procurator in rem suam dem Erwerber der Forderung ein unwiderrufliches Recht, sowohl gegen seinen auctor, als gegen den Schuldner. Die Ausnahme gründete sich auf den besonderen Inhalt des der Klageermächtigung zu Grunde liegenden materiellen Rechtsgeschäfts, welches in der Vollzugsform allerdings auch hier nicht besonders ausgedrückt zu werden brauchte, aber bei der Bewilligung der actio mandata durch den Prätor nöthigenfalls mittelst besonderer causae cognitio geprüft wurde. Der Erwerb kam nicht durch die Schenkung allein, sondern durch das mandatum actionis als Vollzugsform derselben zu Stande. Insofern unterschied er sich von der Grundlage der späteren actiones utiles, mit welchen die Klage auch im Uebrigen nichts gemein hatte.

Dieser Rechtssatz der älteren Zeit war allerdings, wie bemerkt, auf die personae exceptae der lex Cincia beschränkt, aber unter diesen bewegten sich auch die praktisch wichtigsten Fälle der Schenkung. Von allgemeinerer Anwendbarkeit wurde ein zweiter Punkt. Die exceptio legis Cinciae erlosch mit dem Tode des Schenkers; von da an wurde jede bis dahin widerrufliche Schenkung perfect. Dieser speciell aus der Natur der Schenkung abgeleitete Satz gewann wiederum in der Anwendung auf die Schenkung eines nomen das Uebergewicht über die allgemeine Regel, daß das mandatum actionis mit dem Tode des auctor unwirksam wurde. Der procurator in rem suam konnte sich zur Ergänzung seiner Legitimation auch in diesem Falle auf den besonderen Inhalt der causa seines Erwerbes berufen. Dieser zweite Satz läßt sich allerdings nicht so direct erweisen, wie jener erste. Indessen ist er in sich eine noch natürlichere Consequenz feststehender Grundsätze, und wird indirect durch den Inhalt der c. 33. de donationibus bestätigt.

Hiernach waren für die meisten Fälle der Schenkung die Hauptunvollkommenheiten der actio mandata schon innerhalb des älteren Rechts beseitigt. Dadurch erklärt sich, daß in derjenigen Periode, welcher die actiones utiles ihre Entstehung verdankten, für die Ausdeh-

nung deſſelben Princips auf die Schenkung kein Bedürfniß empfunden wurde. Der Schenknehmer konnte im Weſentlichen ſchon mit der actio mandata daſſelbe erreichen, was dem Ceſſionar im Uebrigen erſt mit der actio utilis gewährt wurde; er hatte wenigſtens in Folge des ausdrücklichen mandatum actionis ein unwiderrufliches und über den Tod ſeines auctor hinausdauerndes Recht. Die Unterſchiede, welche noch beſtehen blieben, waren von geringerer Bedeutung. Zunächſt erloſch das mandatum actionis auch mit dem Tode des procurator in rem suam; dieſer hatte ein auch activ unvererbliches Recht.

c. 1. 7. cod. Theod. de cognitoribus et procuratoribus (2,12).

Sodann konnte er ſich auch keinen Anderen als procurator ſubſtituiren — ebenfalls eine im alten Recht allgemein gültige Beſchränkung des procurator vor erfolgter Litisconteſtation.

l. 8. §. 3. mandati (17,1), l. 4. §. 5. de appellationibus (49,1). c. 8. 11. de procuratoribus (2,12), c. 1. cit. cod. Theod. eod.

Dieſe beiden Eigenthümlichkeiten der actio mandata haben bei der Schenkung bis auf Juſtinian fortgedauert — ein deutliches Zeichen, daß der Schenknehmer bis dahin auf die actio mandata beſchränkt war. — Juſtinian ſtellte den Fall der Schenkung allen übrigen Fällen der Ceſſion gleich; dies geſchah aber nun nicht mehr, wie in der früheren Zeit, durch Einführung einer actio utilis neben der actio mandata. Vielmehr verordnet der Kaiſer folgendermaßen:

c. 33. de donationibus (8,54). Illam subtilem observationem amputamus, per quam donationis titulo cessiones actionum accipientes non aliter suis eas transmittere heredibus poterant, nisi litem ex iis contestati essent, vel jus contestationis divino rescripto meruissent. Nam sicut venditionis titulo cessas actiones etiam ante litis contestationem ad heredes transmitti permittitur, simili modo et donatas ad eos transferri volumus, licet nulla contestatio vel facta vel petita sit. Quod et in procuratore constituendo ad movendas easdem cessas actiones similiter observandum erit, ut minime quis impediatur procuratorem cessarum sibi per donationem actionum dare, licet nulla litiscontestatio facta vel petita sit.

Der ganze Unterſchied von actio mandata und actio utilis war hiernach offenbar aus dem Bewußtſein der Zeit bereits völlig verſchwunden. Der Kaiſer kennt nur ein einheitliches Inſtitut, das der Ceſſion; dieſe kommt mit dem Vertrage zwiſchen auctor und successor zur Perfection, mag dieſer einen titulus venditionis oder donationis enthalten.

Die ursprünglich zwischen beiden Fällen bestehende Verschiedenheit in dem Zeitpunkte des Erwerbes, der beim Kauf in den Vertrag, bei der Schenkung in die Vollziehung durch mandatum actionis fiel, existirt ebenfalls nicht mehr. Ein mandatum actionis als besondere Legitimationsform des Cessionars hat neben dem Causalvertrage seine Bedeutung verloren. Alle diese Gegensätze sind bereits ohne Eingreifen der Gesetzgebung durch eine stillschweigende Verschmelzung alten und neuen Rechts beseitigt. Was sich von dem alten Recht erhalten hat, sind nur jene beiden praktischen Unvollkommenheiten der Cession donationis titulo, welche der damaligen Zeit nur als veraltete Singularitäten erschienen. Mit der Beseitigung dieser subtilis observatio ist die Harmonie des Ganzen ohne Weiteres hergestellt. Der Gesetzgeber pflückt nur die reife Frucht der neuen Rechtsbildung, welche bereits die vorangegangenen Jahrhunderte geräuschlos gezeitigt hatten.

Eine Darstellung des dogmatischen Details der Cessionslehre, wie sie sich nach diesem historischen Abschluß gestaltet hat, liegt außerhalb der Grenzen meiner Aufgabe. Die ganze Specialuntersuchung, welche ich der geschichtlichen Entwickelung des Gegenstandes gewidmet habe, hatte nur den Zweck, nachzuweisen, daß die Successionsformen des älteren Rechts spurlos verschwunden, und durch eine neue Schöpfung ersetzt worden sind, welche einen ganz anderen Ursprung hatte. Dieser Nachweis kann jetzt für geführt gelten hinsichtlich der einen jener älteren Successionsformen, nämlich der Litiscontestation. Wir müssen zum Schluß noch auf das Schicksal der Schwesterform zurückkommen, welche das Hauptthema unserer Betrachtung bildet, der Novation.

§. 66. Verschwinden der Novation mit Veränderung des Gläubigers.

Die Novation war für die Succession des älteren Rechts dasselbe, wie die Litiscontestation, eine bloße Vollzugsform. Sie verlor ihre Bedeutung ebenso wie diese von dem Augenblicke an, wo es eine von jeder Vollzugsform unabhängige Succession gab. Denken wir z. B. wieder an den häufigsten Fall des Kaufs einer Forderung. Nach älterem Recht hatte der Käufer als solcher kein Recht gegen den Schuldner erworben. Er mußte in Folge des Kaufs erst die Mitwirkung desselben für den eigentlichen Successionsact in Anspruch nehmen, indem er entweder alieno nomine mit ihm litem contestirte, oder ebenso alieno nomine von ihm stipulirte: quod Sejo debes mihi dare spondes? Erst durch diesen Formalact wurde der Stipulant Gläubiger und Sejus hörte auf es zu sein. Nach neuerem Recht war schon in Folge des Kaufs selbst der Käufer Gläubiger geworden, der Verkäufer war es nicht mehr.

Es existirte also gar kein Sejo debitum mehr, welches den Inhalt einer wirksamen Novationsstipulation hätte abgeben können. Jene Stipulationsformel hatte ebenso ihre materielle Bedeutung verloren, wie die Klage alieno nomine, sowohl als Obligations- wie als Tilgungsact. Sie konnte höchstens als ein veraltetes Formular fortdauern, aus dessen Gebrauch auf die Absicht der Contrahenten mit mehr Sicherheit geschlossen werden konnte, etwa wie die stipulatio Aquiliana im Falle des Generalverzichts.

Das allmähliche Absterben von Novation und Litiscontestation in ihrer Function als Formalact geht in der besonderen Verwendung für die Activsuccession, welche den Gegenstand unserer jetzigen Betrachtung bildet, ganz parallel mit der Umgestaltung, welche beide Institute im Allgemeinen betroffen hat. Diese negative Seite der Entwickelung theilt unser Fall der Novation mit den übrigen. Die Eigenthümlichkeit desselben besteht nur darin, daß der positive Ersatz, welchen das neuere Recht geliefert hat, hier aus einer anderen Quelle geflossen ist, und daß das Resultat deshalb in einer Schöpfung von ausgeprägtem selbstständigen Charakter besteht. Die Novationsform des älteren Rechts, welche zur Activsuccession diente, ist absorbirt worden durch die Cession. Sie hat an der Entwickelung der übrigen Novationsfälle im neueren römischen Recht nicht Theil genommen.

Wir müssen uns hier noch einmal vergegenwärtigen, wie die neuere Gestalt der Novation im Allgemeinen eigentlich beschaffen war. Der formelle Tilgungsact des alten jus civile war, wie wir gesehen haben, auch in seiner Verwendung unter denselben Partheien allmählich verkümmert. Die technisch construirten Novationsformeln waren verdrängt worden durch materielle Stipulationen, welche die frühere Obligation ihrem Inhalte nach wiedergaben. Neben diesen wurde nach und nach dem materiellen Rechtsgeschäft, welches sie repräsentirten, eine selbstständige Geltung eingeräumt, so daß die Stipulation sich im Principe zu einem accessorischen Sicherungsmittel umgestaltete und der liberatorische Effect von einem besonderen formlosen Vertrage unter den Partheien abhängig wurde. Der Name Novation wurde auf diesen liberatorischen Vertrag, der von der obligatorischen Stipulation trennbar blieb, übertragen.

Wir könnten uns nun noch die Frage stellen: wie verhält sich diese Novation des neueren römischen Rechts zu der Activsuccession? Konnte sie nicht ebenso, wie die des alten Rechts, zu einer Veränderung in der Person des Gläubigers und damit zu einer Uebertragung des novirten Forderungsrechts benutzt werden?

Es wird nur einer kurzen Betrachtung bedürfen, um schon aus der Natur der Sache zu einer Verneinung dieser Frage zu gelangen. Das

charakteristische Element der Novation im neueren Sinne ist die Sonderung des liberatorischen Elements von dem obligatorischen. An sich erzeugt die materielle stipulatio debiti nur eine neue Obligation, welche auf den Bestand der alten keinen Einfluß hat. Beide können neben einander fortbestehen, bis sie durch endliche Erfüllung gleichzeitig getilgt werden; es kann auch mit Eingehung der einen die andere aufgehoben werden. Dies sind gleichberechtigte Möglichkeiten, zwischen denen die Partheien zu wählen haben; gerade in dieser Wahl äußert sich die Besonderheit ihres liberatorischen Willens. Ein solches Verhältniß ist denkbar, wenn beide Obligationen zwischen denselben Partheien bestehen. Es ist ebenso denkbar bei einer Veränderung des Schuldners, denn auch hier ist eine Coexistenz beider Obligationen möglich; der Gläubiger kann für dasselbe Object aus verschiedenen Fundamenten zwei Schuldner haben. Dagegen ist es nicht denkbar bei einer Veränderung des Gläubigers, denn der Schuldner kann nicht gleichzeitig zweien Gläubigern gegenüber stehen. Das kommt allerdings vor bei einem ächten, auf einem einheitlichen Fundament beruhenden Correalverhältniß; aber es kann nicht, wie hier der Fall sein würde, durch eine Combination von zwei selbstständigen Obligationsacten herbeigeführt werden. Es giebt keine bloß solidarische Berechtigung zweier Gläubiger, wie es eine solidarische Verpflichtung zweier Schuldner ohne Correalität giebt.[1]) Bei der Activsuccession kann niemals, wie bei der Passivsuccession, die Obligation von der Liberation unabhängig gedacht werden.

Diese aprioristische Deduction findet nun auch ihre volle Bestätigung durch einen Rückblick auf die spätere Entwickelungsgeschichte der Novation. Materielle Stipulationen mit Bezugnahme auf ein bestehendes Schuldverhältniß kommen allerdings bei den Römern auch in solchem Zusammenhange vor, daß sie von einem neuen Gläubiger vollzogen werden. Dergleichen Fälle haben aber eine ganz andere sachliche Bedeutung wie diejenigen, denen der Novationsbegriff im neueren Sinne seine Entstehung verdankt. Am deutlichsten zeigt sich dies bei solchen Stipulationen, welche mit dem materiellen Hauptgeschäft gleichzeitig eingegangen wurden. Die stipulationes in contrahendo, in denen wir hauptsächlich den Ausgangspunkt jener Entwickelung gefunden haben (§§. 37. folg.), repräsentirten dort nur eine neue Form für das concurrirende materielle Rechtsgeschäft. Durch den Eintritt eines neuen Stipulanten nehmen sie sogleich eine davon verschiedene Disposition über das Recht selbst in sich auf.[2]) Aehnlich ist es aber auch dann, wenn über ein bestehendes Schuldverhältniß ex post von einem Dritten stipulirt

1) Vergl. Savigny Obligationenrecht I. S. 198.

2) S. auch Liebe Stipulation S. 300, Note 1.

wurde. Beide Arten von Stipulationen dienten vielmehr bei den Römern dazu, Verträge zu Gunsten eines Dritten zu verwirklichen. Weil auf directem Wege nur der Hauptcontrahent einen Anspruch erwerben konnte, erreichte man diesen Zweck dadurch, daß man den Dritten zuzog und ihm eben den Inhalt jenes Anspruches zu stipuliren gestattete.[3]) Besonders häufig kommen dergleichen Fälle in Bezug auf die dos vor, und diese für ihre innere Natur besonders instructive Anwendung mag hier noch etwas näher in Betracht gezogen werden.

Die actio rei uxoriae gehört dem System der freien Ehe mit völliger Trennung des Vermögens beider Ehegatten an, im Gegensatz zu der Ehe mit conventio in manum, bei welcher bekanntlich die Frau in die Gewalt des Mannes trat, und in Folge dessen Vermögenseinheit zwischen ihnen entstand. Gegenstand der Klage war also die dos, d. h. derjenige Vermögensbestandtheil, welcher seitens der Ehefrau oder in ihrem Namen von einem Dritten dem Manne mit der besonderen Bestimmung ad sustentanda onera matrimonii zugewendet wurde. Daher heißt die Klage auch actio de dote. Ursprünglich gab es wahrscheinlich gar keinen gesetzlichen Rückfall der dos, sondern nur eine Klage aus einer auf Rückgabe derselben gerichteten besonderen Stipulation (*cautio* rei uxoriae).[4]) Zu dieser Stipulation stand die spätere *actio* rei uxoriae, eine actio bonae fidei, mittelst deren ein Rückfall der dos ohne vertragsmäßigen Vorbehalt erzielt wurde, in demselben Verhältnisse eines bloß subsidiären Rechtsmittels, wie wir es früher in Bezug auf alle bonae fidei judicia kennen gelernt haben. Innerhalb des classischen Rechts gelangte dieselbe nur zu einer sehr beschränkten Ausbildung, und blieb den mannichfaltigsten Rücksichten auf das Familieninteresse unterworfen.[5]) Vor Allem gab es eine solche Klage nur dann, wenn die Ehe durch den Tod des Mannes oder durch Scheidung getrennt wurde, und zwar unter verschiedenen Begünstigungen des Mannes (retentio propter liberos, propter mores u. s. w.). Wurde die Ehe durch den Tod der Frau getrennt, so verblieb die dos (mit theilweiser Ausnahme der dos profectitia) dem Manne.

Ulp. fragm. tit. VI. §§. 4—6. 9. seqq.

Für diesen Fall mußte also nach wie vor durch Stipulation Vorsorge getroffen werden. Nun war aber eine Stipulation post mortem meam

3) Daher die häufig wiederkehrende Wendung stipulari *permisit* oder *passus est*. Vergl. Meyerfeld Schenkungen I. S. 247.

4) Gellius. noct. Att. IV., 3.

5) Ich halte es deshalb auch für einen entschiedenen Irrthum von Savigny (System Bd. V. S. 517) daß mit der actio rei uxoriae stets eine condictio concurrirt habe. Eine solche gab es nur in dem Falle, wenn die Ehe nicht zu Stande kam, also die beabsichtigte causa nicht eintrat.

dari nach classischem Recht ungültig.[6]) Deshalb konnte die Frau nicht selbst als Stipulantin auftreten, sondern es mußte ein Anderer dazwischengeschoben werden. Dies gab die nächste Veranlassung zu derjenigen Art von Stipulationen, welche uns hier interessiren.

Der Stipulant konnte zuvörderst nur im Interesse der Frau selbst zugezogen werden, so daß er kein definitives eigenes Recht erwarb, sondern die dos schließlich an ihre Erben wieder auszukehren hatte. In diesem Falle war er Mandatar der Frau, und ihr oder ihren Nachfolgern mit der actio mandati verhaftet. Dies ist ein in den Quellen außerordentlich häufig wiederkehrendes Verhältniß.

l. 10. §. 6. i. f. mandati (17,1), l. 63. 72. §. 2. de jure dotium (23,3), l. 89. §. 5. de legatis II. (31,1), l. 37. §. 4. de legatis III. (32,1), l. 11. de dote praelegata (33,4).

Die Frau behielt dann selbst die freie Verfügung über das künftige Schicksal der dos, konnte jederzeit die Vollmacht widerrufen oder später einen anderen Stipulanten substituiren.[7]) Es konnte aber auch eine wirkliche Zuwendung des Rechts auf Rückgabe der dos an den Stipulanten beabsichtigt sein, welche jedoch ebenfalls in gewissem Umfange widerruflich blieb, da die Frau wenigstens von Todeswegen, sei es durch Testament oder auch formloses Fideicommiß, anders disponiren konnte.

l. 11. i. f. de dote praelegata (33,4), c. 2. 19. de jure dotium (5,12).

Der Inhalt dieser Stipulationen war ganz analog den materiellen Stipulationen auf anderen Grundlagen, wie ich sie im §. 36. beschrieben habe. Die regelmäßige Formel ging ihrem Hauptinhalte nach auf dotem reddi (c. 8. de jure dotium 5,12; eine vollständige Stipulation enthält l. 45. soluto matrimonio 24,3). Sie wurden, wie in späterer Zeit die Stipulationen überhaupt, überwiegend schriftlich redigirt, und zwar meist dem bei Bestellung der dos aufgenommenen instrumentum dotale eingefügt. An und für sich also hatten sie alle Eigenschaften der späteren Novationsstipulationen. Dennoch ist ihr Verhältniß zu dem

6) §. 13. inst. de inutilibus stipulationibus (3,20). Die Formel quum moriar war zwar an sich gültig (§. 15. ibid.), aber nicht für alle Zwecke ausreichend. Vergl. Vat. fragm. §. 98.

7) Eine Consequenz davon war auch, daß der Klage des Stipulanten Einreden aus der Person der Frau entgegengestellt werden konnten.

l. 4. §. 19. de doli exceptione (44,4). Mandavi Titio, ut a te stipularetur, deinde Titius Sejo, et stipulatus a te Sejus est et judicium edidit. Ait Labeo: excipiendum esse tam de meo quam de Seji dolo.

Diese Stelle behandelt gerade die eigenthümliche Stellung eines wirklichen Stipulations-mandatars, und wird nur irrthümlich auf die Delegation bezogen, mit der sie gar nichts zu thun hat. (Vergl. Mühlenbruch Pandekten II. §. 494. bei Note 7. und 8. Thöl Handelsrecht §. 131. Note 3.)

unterliegenden materiellen Geſchäft ein ganz anderes. Sie erzeugen immer ein ſelbſtſtändiges, von der urſprünglichen Grundlage unabhängiges Recht; ſie ſind zugleich zur Veränderung derſelben in ihrem Inhalte beſtimmt. In dem bisher in Betracht gezogenen Fall der Stipulation auf den Todesfall der Frau iſt dies ganz klar; denn hier wird eben erſt ein bis dahin gar nicht exiſtirendes Rückforderungsrecht geſchaffen. Daſſelbe gilt aber auch für die Fälle, in denen an und für ſich die Bedingungen der actio rei uxoriae vorlagen, z. B. wenn für den Fall der Scheidung ſtipulirt wurde.

l. 63. de jure dotium (23,3), l. 37. §. 4. de legatis III. (32,1).

Auch dann kam die ſubſidiäre actio bonae fidei der Klage ex stipulatu gegenüber gar nicht zur Geltung. Ebenſo war es, wenn eine bereits eingegangene Stipulation durch eine andere erſetzt wurde. In allen dieſen Fällen kann der Natur der Sache nach nicht von einer Concurrenz beider Obligationen die Rede ſein; ebenſowenig aber auch von einer Uebertragung des älteren Rechts auf eine neue Perſon. Vielmehr gründet ſich der neu Eintretende wieder auf ein beſonderes Vertragsfundament; die actio ex stipulatu war überall nur das Hülfsmittel, um zu einer veränderten Beſtimmung über das Recht ſelbſt zu gelangen. Es fehlt alſo an jener vollſtändigen Identität der alten und der neuen Obligation — dem Haupterforderniſſe der Novation. Darin beruht denn auch der Gegenſatz zwiſchen der materiellen Stipulation dotem reddi, und der Novationsformel des alten Rechts quidquid actione rei uxoriae dare facere oportet, welcher in dem S. 162 mitgetheilten Scholium des Thaleläus hervorgehoben wird. Die letztere war eine wahre Succeſſionsſtipulation, mittelſt deren das Rückforderungsrecht der dos nicht ſachlich verändert, ſondern nur von der einen Perſon auf die andere übertragen wurde.

Dieſer ganze Zuſtand des älteren Rechts iſt noch vollſtändig kenntlich aus dem Inhalte der Juſtinianiſchen Conſtitution de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa (Cod. 5,13). Die Zwieſpältigkeit der Klagen, welche der Kaiſer hier mit einander verſchmolzen hat, war keine bloß proceſſualiſche, ſondern eine ſachliche. Der Zweck des Geſetzes, der ſich in dieſer eigenthümlichen Einkleidung verbirgt, war hauptſächlich eine principielle Aenderung des ehelichen Güterrechts ſelbſt. Das bis dahin nur auf dem Umwege beſonderer Vertragscautelen erreichbare unbedingte Recht der Frau auf Rückgewähr der dos wird zur geſetzlichen Regel erhoben. Wir haben hier noch für die Juſtinianiſche Zeit ein umfaſſendes Beiſpiel jener Einwirkung der Cautelarjurisprudenz auf die Rechtsbildung vor uns, die ich früher bereits für die ältere Periode bemerklich gemacht habe.

Außer bei der dos kommen gelegentlich auch bei dem Darlehn ähnliche Verhältniſſe vor. Statt des Darleihers kann ein Dritter — wiederum in der doppelten Eigenſchaft als Mandatar oder als Schenknehmer — die Rückgabe der Darlehnsſumme für ſich ſtipuliren.

l. 59. pr. mandati (17,1),

l. 34. pr. de donationibus (39,5).

Auch dieſe Fälle haben mit einer Novation nur ganz entfernte Aehnlichkeit. Vielleicht bin ich in dem Nachweiſe deſſen bereits zu ausführlich geweſen. Es ſchien aber nothwendig, auf die Verſchiedenheit beſonders aufmerkſam zu machen, da die ſogenannte Novation mit Veränderung des Gläubigers in allen unſern heutigen Lehrbüchern als ein unverfänglicher Beſtandtheil des geltenden Rechts vorgetragen wird. Was von einer ſolchen in unſeren Rechtsquellen vorkommt, ſind Spuren des älteren Inſtituts, welches durch die Ceſſion vollſtändig abſorbirt worden iſt. Im Juſtinianiſchen Recht giebt es eine Novation mit Veränderung des Gläubigers gar nicht mehr. Es mag hier ſchließlich nur noch darauf aufmerkſam gemacht werden, daß der Kaiſer in der c. ult. h. t. bei ſeiner Correctur der novationum nocentia volumina dieſe Geſtalt derſelben nicht einmal der Erwähnung werth gefunden hat. — In Bezug auf das Hauptthema unſerer Unterſuchung kann alſo dieſer Abſchnitt mit einer reinen Negative abgeſchloſſen werden.

Drittes Kapitel.

Die Passivsucceſſion.

---

§. 67. Spätere Geſtalt der Paſſivſucceſſion im Allgemeinen.

Die Activſucceſſion hat uns länger beſchäftigt, weil ſie ſich in ihrer ſpäteren Entwickelung von dem Felde unſerer Hauptunterſuchung entfernt hat. Es mußten die ſelbſtſtändigen Grundlagen des neueren Rechtszuſtandes beſonders erörtert werden. Die Paſſivſucceſſion kann um ſo kürzer abgehandelt werden; ſie iſt auch im neueren Rechte ein Glied der Novation geblieben, und hat deren Geſchichte bis ins Juſtinianiſche Zeitalter getheilt. Es kann daher betreffs ihrer auf die bereits gewonnenen Reſultate in der Hauptſache Bezug genommen werden. Zu ihrer vollſtändigen Charakteriſtik kommt es nur noch darauf an, innerhalb des Rahmens des allgemeinen Inſtituts diejenigen Eigenthümlichkeiten hervorzuheben, welche ihr vermöge der beſonderen Natur des Falles zukommen.

Wir haben geſehen, daß urſprünglich Novation und Litisconteſtation auch für die Paſſivſucceſſion gleichgeltende Vollzugsformen waren. Jede dieſer Formen hatte ihr äußerlich charakteriſirtes Organ, durch welches die alte Obligation zerſtört und eine neue gleichen Inhalts in der Perſon des ſuccedirenden Schuldners erzeugt wurde. Dazu diente einerſeits die Stipulationsformel: quod mihi *Sejus* debet, *tu* dare spondes?, andererſeits die Klagformel: si paret *Sejum* centum dare oportere, *Numerium Negidium* centum condemna. — Dieſe Formen entſprachen aber hier viel vollkommener dem materiellen Inhalt des Geſchäfts, als bei der Activſucceſſion. Die Uebertragung eines obligatoriſchen Rechtes findet, wie die Uebertragung jedes anderen Vermögensrechtes, ihre Hauptgrundlage in dem Vertrage zwiſchen auctor und successor. Dieſer kam aber in jenen Formen des älteren Rechts gar nicht zur Erſcheinung. Umgekehrt war die Mitwirkung des Schuldners, welche bei der Novation und Litisconteſtation in den Vordergrund trat, für die Activſucceſſion vielmehr eine Feſſel, deren ſich der Verkehr allmählich zu entledigen ſuchte. Beides verhält ſich völlig anders bei der Ueber-

tragung einer obligatorischen Verpflichtung. Hier ist ein Veräußerungsvertrag zwischen dem auctor und successor überhaupt kein wesentliches Requisit des Geschäfts, weil vielmehr der auctor derjenige ist, der erwerben soll. Umgekehrt aber ist der Zutritt des Gläubigers, der seinen Schuldner wechseln soll, hier auch aus inneren Gründen zur Perfection erforderlich.

Diese Umstände hatten zugleich einen sehr erklärlichen Einfluß auf den praktischen Werth der einen Vollzugsform gegenüber der anderen. Der Grund, welcher für die Activsuccession der Litiscontestation das Uebergewicht über die Novation verschaffte, bestand in der Erzwingbarkeit der Mitwirkung des Schuldners. Dieser Grund fiel für die Passivsuccession weg. Darum mußte sich hier, wo man der Hülfe des Prätors entbehren konnte, umgekehrt die Form der Novation für das Bedürfniß des Verkehrs als die bequemere empfehlen. Der procurator in rem suam auf Seiten des Beklagten spielt deshalb in der That in unseren Rechtsquellen eine sehr untergeordnete Rolle.[1]) Das Geschäft bewegte sich überwiegend in der außergerichtlichen Form der Stipulation. Einen schlagenden Beweis dafür liefert namentlich die bereits mehrfach erwähnte c. 3. h. t. Dort rescribirt der Kaiser über einen Fall, von welchem es nach dem Vortrage des Bittstellers zweifelhaft war, ob eine Activ- oder eine Passivsuccession vorlag. Bei jener (im ersten Theile der Stelle) wird ohne Weiteres Litiscontestation, bei dieser (im zweiten Theile der Stelle) ebenso Novation als Vollzugsform vorausgesetzt. Beides ist gewissermaßen selbstverständlich; die Passivsuccession per litiscontestationem war, ebenso wie die Activsuccession per novationem, damals schon eine so fern liegende Möglichkeit, daß man nicht nöthig fand, sie noch besonders in Betracht zu ziehen. Die formelle Wirkung der Litiscontestation ist hier schon in einem früheren Stadium der Entwickelung abgestorben. Wir haben es für die spätere Zeit mit der Novation ausschließlich zu thun.

Die Novation ist aber in ihrer Verwendung für die Passivsuccession nicht auf ihre ältere Gestalt beschränkt geblieben. Die formell wirksame Stipulation quod mihi Sejus debit, dare spondes ist, wie die Novationsformeln unter denselben Partheien, durch den Gebrauch materieller Stipulationen verdrängt worden, welche den Inhalt des früheren Schuldverhältnisses durch eine sachliche Umschreibung in sich aufnahmen. Der Novationsfall mit dem Wechsel des Schuldners hat die Entwickelung des Instituts im Allgemeinen vollständig mitgemacht. Der Ersatz für den absterbenden Formalact des alten jus civile ist hier nicht von außen gekommen, sondern ist aus derselben Quelle geflossen, welche auch im Uebrigen eine neue Schöpfung unter dem älteren Namen geliefert hat.

1) Vergl. Delbrück Uebernahme, Anhang I. S. 121 folg.

Zunächſt könnte man auch hier wiederum an die Möglichkeit denken, daß mit einem materiellen Rechtsgeſchäft gleichzeitig eine Stipulation eingegangen wurde, bei welcher ſich ein Dritter als Promittent betheiligte, wie wir im vorigen Paragraphen die analoge Betheiligung eines Dritten als Stipulanten in Betracht gezogen haben. In einem ſolchen Falle müßte dann wiederum mit dem Hauptgeſchäft zugleich eine von demſelben verſchiedene Dispoſition über die daraus entſpringende Verpflichtung vorgenommen werden. Dazu würde ſich kaum eine ähnliche Veranlaſſung auffinden laſſen, wie in den Beiſpielen der dos und des Darlehns für eine Dispoſition zu Gunſten eines dritten Berechtigten vorlag. Fälle dieſer Art kommen demnach auch in den Quellen nicht vor. Vielmehr übernimmt der einem Contracte unmittelbar beitretende dritte Promittent ſtets die Rolle eines correus debendi oder eines Bürgen — ein Verhältniß, mit dem wir es hier nicht zu thun haben.

Dagegen kommen ſchon in den Pandekten Fälle vor, in welchen nach vollendetem Hauptgeſchäft ein Dritter durch eine ſelbſtſtändige materielle promissio eine mit dem Inhalte der früheren Schuld identiſche Verpflichtung übernimmt. Das lehrreichſte Beiſpiel dieſer Art haben wir ſchon S. 245 kennen gelernt, nämlich:

> l. 24. de pecunia constituta (13,5). Titius Sejo epistolam emisit in haec verba: Remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo Idibus Majis probos; quodsi ad diem suprascriptum non dedero, tunc dare debebo usuras tot: Quaero: *an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit?* Marcellus respondit: *si intercessisset stipulatio, successisse.*

In dieſer Stelle haben wir gerade ein vollſtändiges Exemplar einer cautio vor uns, mittelſt deren der Ausſteller eine fremde Schuld übernimmt, deren Inhalt durch Bezugnahme auf den Entſtehungsgrund und die früheren Partheien (ex credito tuo ex contractu pupillorum meorum) als mit der älteren übereinſtimmend ſpecialiſirt wird. Hieran wird ausdrücklich die Frage nach dem Eintritt einer Paſſivſucceſſion angeknüpft. Marcellus bejaht dieſe Frage unter der einzigen Vorausſetzung, daß die cautio mit der Stipulationsclauſel verſehen war. Daraus geht unzweifelhaft hervor, daß die promissio debiti alieni damals denſelben Grundſätzen folgte, wie die promissio debiti proprii. D. h. ſie abſorbirte die frühere Obligation vollſtändig. Es war gar keine Möglichkeit des Fortbeſtehens derſelben vorhanden. Der Grund dieſer Erſcheinung lag, wie wir geſehen haben, in der ſubſidiären Natur der ſchwächeren Contractsklagen gegenüber der Klage aus der Stipulation. Ich habe auch bei der früheren Betrachtung der Stelle ſchon auf den

Gegensatz zwischen Stipulation und constitutum aufmerksam gemacht, der am Schlusse der Stelle berührt wird.

> Item quaero: *an si non successisset* (i. e. si non intercessisset stipulatio) *de constituta teneatur?* Marcellus respondit: in sortem teneri.

Das constitutum debiti alieni hatte umgekehrt, ebenso wie das constitutum debiti proprii, nicht die Kraft, die frühere Verbindlichkeit zu beseitigen. Deshalb ist hier nicht von einer Succession, sondern nur von einer zweiten Schuld des Constituenten die Rede.

In dieser Wirkung der Stipulation auf frühere Verbindlichkeiten desselben materiellen Inhalts ist nun aber am Schlusse der classischen Periode dieselbe Veränderung eingetreten, die ich schon bei der Darstellung der Novation im Allgemeinen hervorgehoben habe. Die Stipulationsklage sank in ihrer Geltung auf einen gleichen Werth mit den bonae fidei actiones herab, und es wurde die Möglichkeit einer Concurrenz beider, also einer Coexistenz zweier willkürlich geschaffener Obligationen desselben Inhalts anerkannt. Diese führte dann wieder zu der Unterscheidung eines auf den Untergang der früheren Schuld besonders gerichteten Willenselementes (animus novandi), welches die charakteristische Grundlage der Novation im neueren Verstande abgab. Diesen ganzen Entwickelungsproceß hat, wie bemerkt, die promissio debiti alieni mitgemacht. Erst in diesem Stadium ist die dem älteren Recht ganz fremde Eventualität entstanden, daß durch Stipulation ein zweiter Schuldner neben dem ersten selbstständig verpflichtet wurde.

Auf diesem neueren Standpunkte steht denn namentlich auch die c. 3. h. t.

> — per verborum obligationem *voluntate novationis interposita* a debito liberatus es.

Die Befreiung des früheren Schuldners ist hier nicht mehr von der verborum obligatio allein, sondern außerdem von der voluntas novationis abhängig gemacht. Ohne diesen von der Obligation trennbaren liberatorischen Willensact — das id actum est, ut novetur der späteren Pandektenjuristen — würde die alte Verbindlichkeit fortbestanden haben und die neue neben ihr zur accessorischen Geltung gekommen sein. Aus diesem Umstande müssen wir denn auch schließen, daß hier nicht an eine Novationsstipulation alten Styles, sondern an eine materielle Stipulation ganz ähnlicher Art wie in l. 24. cit. de pecunia constituta gedacht ist.

Die schließliche Gestalt der Novation im Justinianischen Recht beruht nach meiner früheren Darstellung auf einer allmählichen Rückwirkung des neueren Rechts auf das ältere, durch welche die Formvorschriften des letzteren in Präsumtionen oder Fictionen des animus novandi aufgelöst

und in dieſer modificirten Geſtalt endlich durch die Geſetzgebung definitiv beſeitigt wurden. Ich kann in dieſer Beziehung vollſtändig auf die zweite Abtheilung meiner Unterſuchung (namentlich §§. 41. folg.) verweiſen. Dort habe ich beſonders hervorgehoben, daß unter den Pandektenjuriſten Ulpian der einzige iſt, der ſich theoretiſch bereits vollſtändig auf den Standpunkt des neueren Rechts geſtellt hat. Dieſem Zuſammenhange gehört denn auch folgende Hauptſtelle dieſes Juriſten über die Paſſivſucceſſion an.

l. 8. §. 5. h. t. — Quod ego debeo, si alius promittat, *liberare me potest, si novationis causa hoc fiat; si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur sed altero solvente alter liberatur.*

Dies iſt bereits ganz daſſelbe Princip, welches in der Juſtinianiſchen Verordnung ſeine definitive Sanction erhielt:

c. ult. h. t. — Sancimus, si quis aliam personam adhibuerit, *vel mutaverit,*[2]) — nihil penitus prioris cautelae innovari, sed *anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint.*

Wahrſcheinlich durch Interpolation demſelben Grundſatze angepaßt iſt auch l. 30. h. t. Si creditor a Sempronio novandi animo stipulatus esset, *ita ut a prima obligatione in universum discederetur* —

Das Endreſultat iſt alſo für die promissio debiti alieni daſſelbe, wie für die promissio debiti überhaupt; ſie hat jede nothwendige Beziehung zu der Aufhebung der früheren Obligation verloren. Die Liberation iſt ein von dem obligatoriſchen Vertrage vollſtändig unabhängiges Element des Ganzen geworden. An ſich erzeugt derſelbe nur eine durchaus ſelbſtſtändige Verpflichtung des Promittenten; es kann ebenſogut auch Obligation ohne Liberation eintreten.

Ich habe ſchon im vorigen Paragraphen angedeutet, daß die Paſſivſucceſſion in dieſer Beziehung anders beſchaffen iſt, wie die Activſucceſſion. Es iſt bei ihr ein Fortbeſtehen der alten Obligation neben der neuen möglich. Dieſes Verhältniß einer gleichzeitigen Verpflichtung beider Schuldner verdient aber noch eine etwas genauere Betrachtung. Gewöhnlich wird daſſelbe als eine Correalverbindlichkeit zwiſchen ihnen aufgefaßt; dies iſt aber eine ganz unrömiſche Vorſtellung. Ein eigentliches Correalverhältniß konnte nach römiſchem Recht nur dadurch begründet

2) Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß hier nur an eine Veränderung in der Perſon des Schuldners gedacht iſt, denn der Gläubiger iſt das grammatiſche Subject des ganzen Satzes, aus welchem die abgedruckte Stelle genommen iſt.

werden, daß sich beide Schuldner gleichzeitig verpflichteten, sei es in der Form der Stipulation, sei es durch einen formlosen Vertrag, bei welchem die Correalhaftung ausdrücklich mit verabredet wurde. Immer beruhte die Verbindlichkeit der duo rei auf einem einheitlichen Fundament. Einer bereits existirenden Obligation konnte ein späterer promissor nur als accessorischer Correalschuldner beitreten, d. h. als Bürge — in den älteren, strengen Formen der sponsio und fidepromissio nur für eine Verbalobligation, vermöge der späteren fidejussio ganz allgemein. Von beiden Fällen unterscheidet sich der unsrige auf das Wesentlichste. Er hat mit der Correalität gar nichts zu thun, weil die beiden Obligationen jetzt auf zwei verschiedenen, von einander unabhängigen Fundamenten beruhen.

Si non hoc agatur ut novetur, *duae erunt obligationes.* l. 2. h. t.

An und für sich wird daher die eine von den Schicksalen der andern gar nicht betroffen; z. B. konnte unzweifelhaft der eine Schuldner durch Acceptilation befreit werden, ohne daß diese den andern berührte, was bekanntlich weder bei einem principalen, noch accessorischen Correalverhältnisse möglich war. Nur insoweit standen beide Obligationen mit einander in Beziehung, als mit wirklicher Erfüllung der einen, mit Befriedigung des Gläubigers, auch die andere ihr Object verlor.

Utrique quidem tenetur, sed *altero solvente* alter liberatur. l. 8. §. 5. h. t.

Dies beruhte nur darauf, daß beide an sich verschiedene Obligationen ihren Inhalt gemeinschaftlich hatten. Das Verhältniß zwischen dem alten und neuen Schuldner ist also in unserem Falle genau dasjenige, für welches Ribbentrop den Namen der solidarischen Verbindlichkeit im Gegensatze zur Correalität eingeführt hat. Dieses Verhältniß, welches im älteren Recht immer nur die Consequenz einer objectiven Rechtsnothwendigkeit war, konnte nun auch durch die Willkür der Partheien hergestellt werden. In dieser Gestalt ist es eine neue Schöpfung des späteren römischen Rechts, gerade wie auch die willkürliche Eingehung einer auf dasselbe Object gerichteten Obligation unter den früheren Partheien selbst. (Vergl. S. 250.)

Bei der promissio debiti alieni hat dieser Erfolg allerdings noch eine andere Bedeutung, wie bei der promissio debiti proprii. Wo es sich darum handelt, denselben Schuldner auf Grund der einen oder der andern Obligation zu der schuldigen Leistung anzuhalten, sind die Wege zu demselben Ziele in der Regel nur processualisch verschieden. Wo aber dem Gläubiger zwei Personen als Schuldner für dasselbe Object gegenüberstehen, hat er immer auch eine materiell gesteigerte Sicherheit. Die Fortdauer der alten Schuld gestattet ihm eine Art von Regreß,

der die Mittel seiner Befriedigung vermehrt. Deshalb ist in unserem Falle auch die Liberation, mit der er gerade jene materielle Sicherheit aufgiebt, noch in anderem Sinne eine präjudicirliche Handlung für ihn, wie bei der Novation unter denselben Partheien. Die Passivsuccession wird dadurch im praktischen Verkehr der bei weitem wichtigste Fall der Novation, auf welchen sich auch im heutigen Recht das Interesse an dem Institut hauptsächlich concentrirt.

§. 68. Die Liberation des früheren Schuldners.

Ich habe am Schlusse des §. 53. angedeutet, daß der sachliche Erfolg der Novation unter denselben Partheien auch durch zwei von einander vollständig getrennte, selbst ungleichzeitige Verträge, einen obligatorischen und einen liberatorischen, erreicht werden konnte. Ebenso verhält es sich wiederum bei der Novation mit Veränderung des Schuldners.[1]) Wenn der neue Promittent zunächst solidarisch mit dem alten Schuldner verpflichtet war, so konnte dieser sodann durch einen zweiten Act, sei es in der Form der Acceptilation oder des bloßen pactum de non petendo aus der Verbindlichkeit entlassen, — wie wir heutzutage wohl zu sagen pflegen, exnexuirt werden. In einem solchen Falle wurde der liberatorische Vertrag sogar zwischen anderen Personen, wie der obligatorische geschlossen. Die Passivsuccession löst sich dadurch gewissermaßen in eine zweischrittige Operation auf; die wandernde Obligation stellt sich eine Zeitlang auf zwei Füße, um dann den ersten aufzuheben und auf dem zweiten ausschließlich stehen zu bleiben. Auch in dieser Combination bleibt die Continuität des Inhalts der Obligation gewahrt, denn nur aus diesem entnimmt die neue promissio ihr Object. Dennoch sollte der Begriff der Succession nicht auf dieselbe ausgedehnt werden, weil dieser einen aus Erwerb und Verlust verschmolzenen einheitlichen Rechtsact mit Nothwendigkeit voraussetzt. Eine solche Verschmelzung findet nur in dem Falle der Novation statt, von welchem wir jetzt sprechen. Hier bilden Obligation und Liberation nur Bestandtheile eines und desselben Geschäfts; beide werden nicht nur gleichzeitig, sondern auch der eine um des anderen willen vorgenommen. Es wird sich sogleich zeigen, daß dieser Fall sich hier noch mehr wie bei der Novation

1) Dagegen konnte die Stipulation hier niemals wie dort durch ein bloßes Constitut ersetzt werden. Das constitutum debiti alieni hat sich, wie ich schon S. 312 bemerklich gemacht habe, in der späteren Entwickelung von dem constitutum debiti proprii getrennt. Der Bestand der Constitutsschuld ist hier offenbar nicht nur von dem ursprünglichen Vorhandensein der Hauptobligation (eam pecuniam, *quum constituebatur*, debitam fuisse. l. 18. §. 1. de pecunia constituta 13,5), sondern auch von ihrer Fortdauer abhängig geworden. Deshalb konnte schließlich in der nov. 4. dem Constituenten sogar ebenso wie dem fidejussor das beneficium ordinis zugestanden werden.

unter denselben Partheien vor derartigen künstlichen Combinationen auszeichnet; es sind ihm nicht nur historische, sondern auch wesentliche sachliche Eigenthümlichkeiten verblieben.

Der Gläubiger, welcher von einem neuen Schuldner das Object einer früheren Obligation stipulirt, einigt sich gleichzeitig mit dem neuen Promittenten, daß dadurch diese frühere Obligation aufgehoben sein soll. Der liberatorische Vertrag wird also zwischen denselben Personen geschlossen, wie der obligatorische, aber er äußert seine Wirkung zu Gunsten eines dabei nicht betheiligten Dritten. Diese Wirkung tritt nicht nur ohne, sondern sogar gegen dessen Willen ein.

Liberat me is qui quod debeo promittit, *etiam si nolim.* l. 8. §. 5. i. f. h. t.

Dieser Grundsatz gehörte bereits dem älteren Recht an, jedoch hatte er dort eine andere Bedeutung. Bei dem Formalact des alten jus civile beruhte der Tilgungseffect hier, wie in allen anderen Fällen, gar nicht auf dem besonderen Partheiwillen, sondern auf dem äußerlichen Consumtionsprincip, welches die Novation mit der Litiscontestation theilte. Deshalb trat er selbst dann ein, wenn eine materielle Verbindlichkeit des Promittenten gar nicht beabsichtigt war.

l. 91. de solutionibus (46,3). (S. S. 150.)

In diesem Sinne ist der Erfolg im neueren Rechte nicht mehr möglich; daher ist die auch von anderer Seite[2]) schon aufgeworfene Frage wohl berechtigt, ob der Satz überhaupt noch besteht. Es kann aber in diesem Punkte dem Resultate nach ein Unterschied zwischen altem und neuem Rechte nicht anerkannt werden. Die vorhin angeführte Hauptstelle über den Gegenstand (l. 8. §. 5. h. t.) ist sogar ihrem Zusammenhange nach schon vollständig auf den Standpunkt des neueren Rechtes zu beziehen. Der Grund dieser Erscheinung ist einfach; der in Rede stehende Erfolg der Novation gehört nicht ihrer Consumtionswirkung ausschließlich an, sondern auch schon ihrer Satisfactionswirkung, und ist deshalb auch nach dem Untergange der ersteren stehen geblieben. Im römischen Recht galt allerdings für obligatorische Verträge allgemein der Grundsatz, daß sie zu Gunsten eines Dritten nicht direct wirksam werden konnten. Auf liberatorische Verträge fand dieses Princip aber insoweit keine Anwendung, als sie eine materielle Befriedigung des Gläubigers einschlossen. Vor Allem konnte also durch Zahlung eines Dritten der Schuldner auch ohne sein Wissen und wider seinen Willen befreit werden.

l. 23. de solutionibus (46,3). Solutionem pro nobis accipiendo *et inviti et ignorantes* liberari possumus.

2) Schlesinger Formalcontracte S. 119, wo der Zweifel allerdings nur für das heutige Recht, und aus etwas anderem Gesichtspunkte erhoben worden ist.

Die Zahlung für einen Dritten involvirt aber neben der wirklichen Leiſtung, beſtehe dieſelbe nun in einer Eigenthumsübertragung oder in einem facere, alſo neben der res im Allgemeinen, einen liberatoriſchen Vertrag von ganz derſelben Beſchaffenheit, wie er bei der Novation vorkommt. Der Geber und der Empfänger müſſen darin conſentiren, daß durch die Leiſtung die Schuld jenes Dritten getilgt werden ſolle; dieſer zweite Vertragsbeſtandtheil giebt die causa für das bloß reale Element des Geſchäfts ab. Ganz derſelbe Erfolg kann erzielt werden, wenn die Befriedigung des Gläubigers nicht durch baare Zahlung, ſondern durch etwas deren Stelle vertretendes bewirkt wird, alſo namentlich, wie im vorliegenden Falle, durch eine Obligation gleichen Inhalts in der Perſon des Succeſſor. Eben darum iſt aber auch hier eine materielle Wirkſamkeit dieſer Obligation jetzt im Gegenſatze zum älteren Recht weſentliche Bedingung der Novation geworden. Sie hat auch in dieſer Anwendung einen zahlungsähnlichen Charakter angenommen.

Das liberatoriſche Element der Novation iſt hiernach in dem Falle des Perſonenwechſels durch Eintritt eines neuen Schuldners allerdings von dem zweiten, obligatoriſchen Vertragsbeſtandtheil abhängig. Es kann in derſelben Geſtalt, wie es bei der Novation vorkommt, niemals durch einen ſelbſtſtändigen, von dem gleichzeitigen Obligationsact losgelöſten Vertrag reproducirt werden. Kein Dritter kann den Schuldner durch Acceptilation oder durch ein bloßes pactum de non petendo befreien. Ein darauf abzielender Vertrag kann unter Umſtänden obligatoriſche Anſprüche zwiſchen den Contrahenten erzeugen; dem Schuldner kommt er niemals unmittelbar zu Gute. Dies kann nur dann erreicht werden, wenn ſich die Liberation an eine dem Gläubiger zugewendete materielle Bereicherung anlehnt, zu welcher ſie in die Stellung eines Cauſalvertrages gebracht wird.

Dieſe beſondere Eigenſchaft des Falles der Paſſivſucceſſion hat vorzugsweiſe dazu beigetragen, daß bisher die Vertragsnatur des in der Novation enthaltenen liberatoriſchen Beſtandtheils meiſtens verkannt worden iſt. Zwar fällt ein derartiges Mißverſtändniß weniger der heutigen Praxis zur Laſt, welche in der Regel, wenn auch mehr von einem unbewußten Gefühl geleitet, den Conſens beider Contrahenten als ein weſentliches Erforderniß im Auge behalten hat. Dagegen ſind in der Theorie ſehr ſchwankende Vorſtellungen herrſchend geblieben, beſonders weil man ſich von dem traditionellen Ausdruck *animus* novandi nicht losmachen konnte. Dieſer animus bildet in der gemeinen Lehre ein unbeſtimmbares Etwas, worunter man ſich bald ein bloßes factum internum, bald wenigſtens nur eine einſeitige Willenserklärung denkt. Durch dieſe Unſicherheit in der Begriffsbeſtimmung iſt auch die Controverſe über die expressa oder tacita voluntas novandi hauptſächlich auf ihrem bisherigen unbefriedigenden Stande zurückgehalten worden.

Wenn der promissor allein die Absicht hat, den früheren Schuldner definitiv zu befreien, so versteht es sich freilich von selbst, daß er damit dem Gläubiger nicht präjudiciren kann. Ebenso verhält es sich aber auch in dem Falle, wenn zwar des Gläubigers Absicht auf eine expromissio gerichtet ist, der promissor aber nicht allein, sondern nur solidarisch mit seinem Vorgänger Schuldner (wenngleich nicht bloß Bürge, sondern Principalschuldner) werden will. Es muß also vor Allem Einverständniß zwischen den contrahirenden Personen über den beabsichtigten Erfolg vorhanden sein. Dieses Einverständniß kann aber wiederum nicht von rechtlicher Wirkung sein, wenn Jeder seine Willensmeinung vor dem Anderen verheimlicht. Vielmehr muß von beiden Seiten der Wille auch erklärt, d. h. zum Bewußtsein des Mitcontrahenten gebracht und mit diesem in Einklang gesetzt werden. Dies ist es, was die Quellen mit dem Ausdrucke wiedergeben: id agitur inter partes ut novetur. Dem richtigen Verständnisse kann es offenbar nur förderlich sein, wenn demgemäß auch der Liberationsact ausdrücklich als ein Vertrag bezeichnet wird.

Nach der ausführlichen Untersuchung, die ich früher über die Bedeutung der c. ult. h. t. angestellt habe, brauche ich hier nicht noch einmal auf den Nachweis zurückzukommen, daß die Wirksamkeit dieses liberatorischen Vertrages an keine exceptionelle Form, keine besondere Ausdrücklichkeit der Erklärung gebunden ist. Der Wille der Partheien kann hier, wie überall, ebensogut durch directe Worte wie auf indirectem Wege durch concludente Handlungen kundgegeben werden. Wie bei allen sogenannten stillschweigenden Willenserklärungen muß die eigentliche Absicht der Contrahenten ganz nach allgemeinen Interpretationsregeln ermittelt werden; es besteht weder dafür noch dagegen eine gesetzliche Vermuthung. Was das Justinianische Gesetz erfordert, ist nur der gesondert erkennbare Inhalt des liberatorischen Vertrages neben dem obligatorischen, die voluntas novandi im Gegensatze zu der Legalnovation des älteren Rechts, welche auf einem dem Obligationsacte immanenten Tilgungseffecte beruhte.

Ursprünglich kannten die Römer nur einen Gegensatz, den der Successionsstipulation auf der einen, und der Correalstipulation auf der anderen Seite. Die dritte Gestalt des Geschäfts, selbstständige, principale Verpflichtung aus der neuen Obligation neben Fortdauer der alten, existirte nicht. Jener Gegensatz wurde, wie ich früher gezeigt habe, durch eine äußerliche Verschiedenheit in der Construction der Stipulationsformel dargestellt. Bei der Successionsstipulation wurde die Bezugnahme auf die frühere Schuld relativ (quod Titio debes), bei der Correalstipulation demonstrativ (idem dare spondes?) ausgedrückt. Dieser formale Unterschied ist mit der ganzen Technik des älteren Rechts ver-

ſchwunden. Jetzt kann die Grenze zwiſchen den verſchiedenen Fällen nur in der ſachlichen Willensrichtung der Partheien gefunden werden. Und zwar handelt es ſich dabei nicht mehr bloß um die eine Frage: Wann wird der frühere Schuldner befreit, wann beſteht ſeine Verpflichtung fort? ſondern auch um die zweite: Wann wird der neue promissor Principalſchuldner, wann wird er bloß Bürge? Alle dieſe Möglichkeiten ſind jetzt materiell charakteriſirte Rechtsgeſchäfte von verſchiedenem Inhalt geworden. Der liberatoriſche Erfolg beruht auf einer beſonderen Abrede der Partheien; das iſt der einfache Sinn, welcher der voluntas novandi im Juſtinianiſchen Rechte zukommt. Ebenſo verhält es ſich aber auch mit dem ferneren Gegenſatze. Auch die fidejussio hat den ihr im älteren Recht eigenthümlichen formellen Charakter verloren, und grenzt ſich gegen die principale promissio debiti nur noch durch die innerliche Verſchiedenheit in der Abſicht der Contrahenten ab.

Ebenſo wie die Bedingungen der Liberation, unterliegen auch ihre Wirkungen in dem Falle der Paſſivſucceſſion ganz derſelben Beurtheilung, wie bei der Novation überhaupt. Es iſt im neueren Rechte nicht mehr von einer Conſumtion, ſondern nur von einer der Zahlung angenäherten satisfactio die Rede. Die Conſequenzen, welche ich in §. 53. aus dieſem veränderten Grundprincip abgeleitet habe, finden auch hier volle Anwendung; ich kann auf das dort gegebene Detail einfach zurückweiſen.

§. 69. Der Inhalt der neuen Obligation.

Wir haben als die Eigenthümlichkeit der Novationsſtipulation im neueren römiſchen Recht kennen gelernt, daß die neue Obligation unter Bezugnahme auf die frühere eingegangen wurde. Zwar wurde dieſe Bezugnahme nicht mehr in der typiſchen Formel quod Titio debes dare spondes? ausgedrückt, aber ſie kam in einer ſachlichen Umſchreibung des Inhalts der früheren Obligation zur Erſcheinung. Dieſe Eigenſchaft wiederholt ſich in der beſonderen Verwendung der Novationsſtipulation mit einem Wechſel des Schuldners. Sie giebt dem Geſchäfte auch in dieſer neueren Geſtalt den Charakter der Succeſſion. Die neue Obligation iſt ihrem Inhalte nach mit der früheren identiſch; ſie wird aus dieſer abgeleitet und bleibt in allen ihren Eigenthümlichkeiten von ihr abhängig. Der promissor verſpricht dem Gläubiger genau daſſelbe, was der frühere Schuldner zu leiſten hatte. Das Object ſeiner Verbindlichkeit wird *als ſolches*, mit allen Beſonderheiten ſeines Urſprungs in der Perſon des neuen Schuldners reproducirt. War Jener Kaufgeld oder Darlehn ſchuldig, ſo hat auch Dieſer Kaufgeld oder Darlehn zu geben; nicht als ob die neue Obligation nun auf einem Kauf- oder Darlehnsvertrage zwiſchen den neuen Partheien beruhte, — das wäre

eine Unmöglichkeit. Aber die Verpflichtung des neuen Schuldners wird gerade so beurtheilt, wie die des alten, auf welche sie Bezug nimmt, auf welche sie sich gründet. Der Kauf oder das Darlehn, welches Jener geschlossen hatte, giebt den Maßstab für Dasjenige ab, was Diesem obliegt.

Vergegenwärtigen wir uns noch einmal das Beispiel der bereits mehrfach angeführten l. 24. de pecunia constituta (13,5). Hier promittirt Titius dem Sejus folgendermaßen:

> Remanserunt apud me quinquaginta *ex credito tuo ex contractu pupillorum meorum*, quos tibi reddere debebo Idibus Majis probos.

Gegenstand seiner Obligation sind also nicht abstracte funfzig, sondern allein diejenigen funfzig, welche die Pupillen dem Sejus aus einem Darlehn schuldig waren. Darum kann der Jurist sagen: Lucius Titius in locum pupillorum *reus successit*. Seine Verpflichtung hatte demnach keinen absoluten, sondern nur einen relativen Werth; sie hatte keinen größeren Umfang, als die frühere Darlehnsschuld der Pupillen, deren Fortsetzung sie bildete. Waren Jene in der That nichts oder weniger als funfzig schuldig gewesen, so war auch Sejus jetzt nichts oder nur das Weniger schuldig.

Wir kommen damit auf den Punkt zurück, welchen ich in §. 45. behandelt habe; die promissio debiti in dieser neueren Gestalt steht auf gleicher Linie mit den materiellen Stipulationen überhaupt. Sie wirkt nur vermöge ihres concreten Inhalts und wird von allen sich daraus ergebenden Bedingungen und Beschränkungen afficirt. Das Resultat, zu welchem wir dort gelangten: gegen die Novationsstipulation sind dieselben Einreden zulässig, wie gegen die frühere Schuld, gilt auch für unseren Fall. Wir können es hier mit Rücksicht auf den Wechsel der Personen auch so ausdrücken: Der neue Schuldner kann sich derselben Einreden bedienen, wie der alte. Nur processualisch blieb die Stellung beider verschieden; je nach der Natur der Klagen, denen der Eine oder der Andere zu begegnen hatte, mußten auch ihre Vertheidigungsmittel eine veränderte äußere Gestalt annehmen.

Die Passivsuccession steht mit dieser Eigenschaft, wie ich schon mehrfach bemerklich gemacht habe, in einem bestimmten Gegensatze zu der reinen Delegation. Bei dieser hatte die Stipulation keinen concreten Inhalt; es wurde eine bloße Summe, ohne irgend eine Bezugnahme auf ein früheres Schuldverhältniß versprochen. Darum war die neue Obligation dort unanfechtbar. Auch die Passivsuccession wird unter Umständen zu einer Delegation, wenn nämlich der successor jussu seines Vorgängers promittirt, — und dies ist bei Weitem der gewöhnlichste Fall; aber sie ist dann keine reine, sondern eine titulirte Dele-

gation. Die Consequenzen dieses aus dem Inhalte der Delegationsstipulation hervorgehenden Unterschiedes zeigen sich hier wieder ganz in dem Sinne, wie ich sie in §. 22. besprochen habe. Was dort für die relative Stipulationsformel älteren Styles: quod Sejo debes, dari spondes? nachgewiesen worden ist, gilt ebenso auch von der zwanglos umschreibenden Relativstipulation, welche uns jetzt beschäftigt. Von der reinen Delegationsstipulation unterscheidet sich diese auch nicht durch ihre Anfechtbarkeit allein. Der Gegensatz zeigt sich ebenso in der tilgenden Wirkung beider Geschäfte. Die abstracte Stipulation stand, wie wir gesehen haben, der Zahlung gleich, die relative folgte den Gesetzen der Novation. Diese für die ältere Gestalt beider Geschäfte ebenfalls bereits ausführlich untersuchte Verschiedenheit hat jetzt noch an Bedeutung gewonnen, weil die liberatorische Wirkung der Novation nicht mehr von der bloßen Form der Stipulation, sondern von der begleitenden besonderen Abrede der Partheien abhängt. Darum konnte in dem einen Falle die neue Obligation jetzt auch accessorisch neben der alten zur Geltung kommen, in dem anderen nicht.

Ich habe schon in §. 67. bemerkt, daß z. B. in c. 3. h. t. die Passivsuccession neuerer Art gerade durch diese Eigenthümlichkeit ihrer tilgenden Wirkung erkennbar wird. Dasselbe gilt von der aus derselben Zeit stammenden c. 2. h. t.

> Ex contractu pecuniae creditae actio inefficax dirigitur, si delegatione personae rite facta *jure novationis vetustior contractus evanuit.*

Man darf sich hierüber durch den Umstand nicht täuschen lassen, daß in beiden Stellen der Name delegatio ohne weiteren Zusatz gebraucht ist, wie er im Sprachgebrauche der Pandektenjuristen nur für die reine Delegation technisch war.[1]) Der übrige Inhalt derselben nöthigt uns, die charakteristischen Eigenschaften der Novationsstipulation, also eine den Gegenstand der Obligation individualisirende Bezugnahme auf die frühere Schuld, welche die Delegation zu einer titulirten macht, zu subintelligiren. Solche materielle und regelmäßig schriftliche Stipulationen nach Art der l. 24. de pecunia constituta haben wir uns offenbar als die der damaligen Zeit schon völlig geläufige Form der Passivsuccession zu denken. Es mag hier nur gelegentlich bemerkt werden, daß gleichzeitig wahrscheinlich auch die reine Delegationsstipulation ihre ursprüngliche einfache Gestalt modificirt hat. Ich habe schon in §. 50. hervorgehoben, daß unter den materialisirten schriftlichen Stipulationsformularen, deren sich die spätere Cautelarjurisprudenz der Römer mit Vorliebe bediente, die Darlehnscaution dieselbe Stelle einnahm, welche früher der abstracten Stipulation: centum dari spondes? zukam. Weil das Darlehn neben

1) Vergl. oben S. 130.

der Stipulation keine selbstständige Bedeutung hatte, benutzte man dies Formular überall da, wo die causa der Stipulation nicht ausgedrückt werden, sondern diese ihre formell obligatorische Kraft behalten sollte. Demnach war es ganz geeignet, auch zu einer reinen Delegationsstipulation verwendet zu werden, für welche dann eine causa in dem Valutabekenntniß willkürlich fingirt wurde. Ich habe die Darlehnscaution des späteren römischen Rechts schon früher mit dem Wechsel verglichen; diese besondere Gestalt derselben würde dann an unsere Tratte erinnern. Auf den wirklichen Gebrauch einer solchen Form scheint aber aus folgendem Rescript von Alexander Severus geschlossen werden zu müssen:

> c. 6. de non numerata pecunia (4,30). Frustra opinaris, exceptione non numeratae pecuniae te esse munitum, quando, ut fateris, in ejus vicem, qui erat obligatus, substitueris te debitorem.

Eine exceptio non numeratae pecuniae konnte der Bittsteller immer nur beanspruchen, wenn er eine Stipulation mit Numerationsbekenntniß zu bekämpfen hatte. Aus dem ut fateris aber geht jedenfalls hervor, daß das zu Grunde liegende Delegationsverhältniß nicht schon aus der Urkunde, sondern erst aus seinem weiteren Vortrage ersichtlich wurde.

In Bezug auf die obligatorische Wirkung der Passivsuccession bleibt jetzt noch eine andere Frage zu untersuchen. Wir haben im dritten Kapitel der vorigen Abtheilung die eigenthümliche Entwickelung der promissio debiti im späteren Recht kennen gelernt, vermöge deren sie zugleich die Natur einer Agnition angenommen hat. Es fragt sich nun: kommt diese auch der promissio debiti alieni zu? Hat der relative Inhalt der Stipulation auch hier die Wirkung jener specialis causae explanatio, welche ihre Anfechtbarkeit von dem Beweise eines entschuldbaren Irrthums abhängig machte? Diese Frage muß aber verneint werden. Wer sich für das Object einer fremden Schuld verpflichtet, hat in dieser Beziehung von Hause aus eine ganz andere Stellung, als derjenige, der eine zweite Verbindlichkeit für seine eigene Schuld übernimmt. Die einfache Erklärung: ich will bezahlen, was ich aus dem und dem Grunde schuldig bin, würde eine werthlose Form bleiben, wenn dabei nicht der Bestand jener älteren Schuld von Neuem befestigt werden sollte. Je mehr also das objective Recht dahin strebte, innerhalb der Form dem materiellen Willen der Partheien Geltung zu schaffen, desto mehr mußte diesem natürlichen Sinne des zweiten Versprechens auf die Beurtheilung des Erfolges Einfluß eingeräumt werden. Die andere Erklärung dagegen: ich will bezahlen, was Jener aus dem und dem Grunde schuldig ist, hat schon an und für sich ihren selbstständigen Inhalt durch den Eintritt der neuen Person. Es ist gar nicht anzunehmen, daß dabei der Werth des in Bezug genommenen Schuldgrundes zwischen den Par-

theien besonders erwogen worden ist. Die Erläuterung dieses Schuldgrundes durch den promissor hat hier gar nicht die Bedeutung einer confessio, eines proprium testimonium cui resisti non potest, sondern höchstens die eines Zeugnisses de re aliena, welches den Erklärenden nicht mit dem Beweise eines Irrthums belasten kann.

Dieses aus der Natur der Sache abgeleitete Resultat findet denn auch seine volle Bestätigung, wenn wir auf den historischen Gang jenes späteren Entwickelungsprocesses der promissio debiti zurückblicken. Wir haben gesehen, daß derselbe sich hauptsächlich an die allmähliche Umgestaltung der zur Anfechtung dienenden Klage, der condictio indebiti promissi, anknüpfte. Der promissor debiti alieni hatte aber in den meisten Fällen gar keine solche Klage, sondern er war dem Gläubiger gegenüber auf die Vertheidigung durch exceptio beschränkt. Eine Liberationscondiction hatte er nur etwa gegen seinen Vorgänger, wenn dazu die Natur des Deckungsgeschäftes Veranlassung gab, welches zwischen ihm und dem früheren Schuldner stattgefunden hatte. Diese Klage aber hatte dann, wie ich schon S. 286 hervorgehoben habe, eine ganz andere Natur als die Liberationscondiction des Promittenten gegen den Stipulanten, welche wir früher untersucht haben. Die Assimilation zwischen der condictio indebiti promissi und indebiti soluti, welche ich dort nachgewiesen habe, konnte sich also auf unseren Fall gar nicht erstrecken. Alle sich daraus ergebenden Consequenzen für die Bedeutung des Irrthums bleiben vielmehr auf die promissio debiti proprii beschränkt. Diese ausschließliche Beziehung derselben ergiebt sich auch auf das Bestimmteste aus allen denjenigen Beweisstellen, die wir in §§. 47. und 48. betrachtet haben. Am wenigsten ausdrücklich ist dieselbe ausgesprochen in den beiden Hauptstellen über den Gegenstand, l. 25. §. 4. de probationibus (22,3) und c. 13. de non numerata pecunia (4,30); aber auch diese können, selbst wenn man ihren Inhalt allein in Betracht ziehen wollte, ihrem ganzen Zusammenhange nach keinen Zweifel darüber bestehen lassen.

Bei der promissio debiti alieni ist daher insbesondere auch die Stellung der Partheien in Bezug auf die Beweislast unverändert geblieben. Zur Erläuterung dessen möge wieder das quellenmäßige Beispiel der l. 24. de pecunia constituta dienen. Aus der so eben wiedergegebenen schriftlichen Stipulation (S. 444) hatte Sejus die gewöhnliche actio stricti juris, und zwar, da das Object ein certum war, die condictio certi, welche sich aber nur auf den Inhalt der Stipulation als ein Ganzes gründete. Titius brauchte sich nicht mehr, wie einst der Schauspieler Roscius, gegen alle möglichen Entstehungsgründe einer abstracten Schuld zu vertheidigen, sondern nur gegen den einen, welcher in seiner cautio niedergelegt war. Damit war er also nur zur Zah-

lung der früheren Darlehnsschuld seiner Pupillen verpflichtet. Wollte er diese auf Grund einer eigentlichen exceptio, etwa SC. Macedoniani, anfechten, so mußte er sich jetzt einer entsprechenden exceptio in factum bedienen. (Vergl. S. 283.) Wollte er eine frühere Aufhebung ipso jure behaupten, so brauchte er auch jetzt keine besondere exceptio, sondern mußte nur deren Beweis übernehmen. Wollte er aber das Zustandekommen des früheren Darlehns leugnen, so konnte er sich auch gegen die Stipulationsklage auf die bloße Negation beschränken, und den Beweis des Klägers erwarten. Dazu konnte dieser allerdings das Bekenntniß seines Gegners benutzen, welches dem Richter im vorliegenden Falle um so glaublicher sein mußte, als es zugleich von dem gesetzlichen Vertreter der früheren Schuldner herrührte, so daß Titius hatte sagen können: remanserunt *apud me* quinquaginta. Aber auch dieser Umstand machte es nur scheinbar zu einem proprium testimonium; es blieb immer nur Beweismittel, welches durch einfachen Gegenbeweis entkräftet werden konnte, nicht eine obligatorische confessio, die erst durch Irrthumsbeweis (exceptio indebiti promissi) hätte beseitigt werden müssen. Wir müssen demnach auch für das Justianische Recht dabei stehen bleiben: Die Passivsuccession gab dem Gläubiger nur processualisch, nicht sachlich, ein neues Obligationsfundament; sie enthielt keine Anerkennung der früheren Schuld. Die neue Obligation hat vielmehr ihre derivative Natur vollständig behalten.

Wir haben jetzt einerseits das liberatorische, andererseits das obligatorische Moment der Passivsuccession näher in Betracht gezogen. Damit ist die Charakteristik des eigentlichen Successionsacts erschöpft. Dieser besteht eben nur in der Combination beider Bestandtheile zu einem einheitlichen Vertrage zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner. Nur stellt derselbe jetzt nicht mehr bloß eine Form dar, wie im älteren Recht, sondern ist in beiden Richtungen materiell charakterisirt. Allen anderen Successionsacten gegenüber hat er die durch die Natur des Falles gebotene Eigenthümlichkeit behalten, daß er auf der Mitwirkung einer dritten Person beruht. Der Gläubiger entläßt den alten Schuldner, und nimmt den neuen an. Ohne seinen Consens kann weder das Eine, noch das Andere zu Stande kommen. Von der Liberation ist dies selbstverständlich, aber auch von der Obligation unzweifelhaft.

> l. 72. pr. de jure dotium (23,3). Mulier bona sua omnia in dotem dedit. Quaero: an maritus quasi heres oneribus respondere cogatur? Paulus respondit: eum qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, *a creditoribus ejus conveniri non posse.*
>
> c. 2. de hereditate vel actione vendita (4,39). Ratio juris

postulat, ut creditoribus hereditariis te convenire volentibus tu respondeas, et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine. Quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, *excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest.*

Ebenſo charakteriſtiſch iſt, wie bemerkt, die zweite Eigenthümlichkeit der Paſſivſucceſſion ſtehen geblieben, daß ſie die Mitwirkung des früheren Schuldners, von welchem ſich die neue Obligation ableitet, nicht erfordert. Dies gilt ſowohl von der ſogenannten Expromiſſion, als auch von dem Falle der Delegation. Dieſe ganze Unterſcheidung trifft nicht die Novation ſelbſt, ſondern deren materielle Function im Verhältniſſe der beiden auf einander folgenden Schuldner. Der Conſens des Deleganten verändert die Natur des Succeſſionsactes gar nicht, er giebt ihm nur ſeine Beſtimmung; die Succeſſion wird dadurch, wie ich ſchon S. 382 nachgewieſen habe, zu einer Leiſtung qualificirt, welche dem auctor zufolge ſeines jussus zugerechnet wird. Damit tritt ſie in den Kreis der Delegation ein und folgt deren allgemeinen Geſetzen.

Schlußbetrachtungen.

Consequenzen für das heutige Recht.

§. 70. Allgemeine Vorbemerkungen.

Wir sind gewohnt, unser heutiges Privatrecht für das Studium und die wissenschaftliche Behandlung je nach seinem Ursprunge in verschiedene Bestandtheile aufzulösen. Auf der einen Seite wird das römische Recht in seiner heutigen Geltung, auf der andern das ursprünglich deutsche untersucht und vorgetragen. Diese Methode ist durch die Verfassung unserer Universitäten und die in den Juristenfacultäten herkömmliche Arbeitstheilung auch äußerlich befestigt. Sie hat ihre unzweifelhafte Berechtigung in der Beschaffenheit des Rechtsstoffes, um dessen Darstellung es sich handelt. Das Recht, nach welchem wir heutzutage in Deutschland leben, ist eben aus verschiedenen Quellen zusammengeflossen. Daß wir diesen in divergirender Richtung nachgehen, gebietet die Natur der Jurisprudenz als einer historischen Wissenschaft.

Auf der anderen Seite hat diese Theilung des Rechtsstoffes auch ihre großen Unzuträglichkeiten. Man denke sich etwa das Studium einer lebenden Sprache, die aus verschiedenen Elementen zusammengewachsen ist, auf ähnliche Art eingerichtet, so daß z. B. von dem heutigen Englisch die Wurzeln des romanischen Stammes auf der einen, die des germanischen auf der andern Seite gesondert betrachtet würden. Damit würde man gewiß zu einer werthvollen Einsicht in die Einzelnheiten der Sprache, aber schwer zu einem geläufigen Gebrauche derselben und zu einer Herrschaft über den in ihr lebenden Geist gelangen. Nicht viel anders verhält es sich aber mit unserem Recht. Die verschiedenen Elemente desselben stehen sich nicht als mechanisch gesonderte Bestandtheile gegenüber, sondern bilden ein einheitliches Ganze, einen neuen lebendigen Organismus, welcher wohl Unterscheidung, aber nicht Trennung seiner einzelnen Glieder duldet.

Die Schwierigkeiten mehren sich durch die verschiedene Stellung, welche einerseits die romanistische, andrerseits die germanistische Wissen-

ſchaft zu dem heutigen Recht einnimmt. Wir behandeln die Geltung des fremden Rechts als die Regel, die des einheimiſchen als die Ausnahme. Jenes bildet die Grundlage der ganzen Darſtellung. Demgemäß iſt die Ueberſicht des Geſammtſtoffes, das Syſtem des Rechts, den Romaniſten ausſchließlich zugefallen. Dem »Deutſchen Privatrecht« ſind nur einzelne, mit einander nicht in innerer Verbindung ſtehende Inſtitute verblieben. Hier finden theils die Reſte des jenſeits der Receptionsepoche zurückliegenden Rechtszuſtandes, theils die neuen Schöpfungen der ſpäteren Zeit in ziemlich bunter Reihenfolge Platz, ohne daß wir in die mannigfach verſchlungenen Fäden Einſicht gewinnen, mit denen ſie in das Ganze eingewachſen ſind. Am ſtiefmütterlichſten fällt dabei naturgemäß die Behandlung derjenigen Gebilde aus, deren heutige Geſtalt auf einer Durchdringung und Verſchmelzung römiſcher und deutſcher Grundſätze beruht, die alſo in noch ſpeciellerem Sinne als unſer Recht überhaupt gemiſchten Urſprungs ſind. Dieſen pflegt weder bei den Romaniſten, noch bei den Germaniſten eine eigentliche Stätte gegönnt zu ſein, und es bleibt die Aufgabe ungelöſt, die fragmentariſchen Bemerkungen der Einen und der Andern in ein Geſammtbild zuſammenzufaſſen.

Die Ueberwindung dieſer Schwierigkeiten iſt wiederum nur von der hiſtoriſchen Methode der Rechtswiſſenſchaft zu erwarten. Wenn dieſe in ihrem Beginn die Sonderung der Rechtsſätze nach ihrer Geburtsſtätte als berechtigt anerkennen mußte, ſo wird ſie in ihrer einſtigen Vollendung doch ebenſo dahin gelangen, die ſpätere Vereinigung und Verſchmelzung derſelben wiederum als etwas geſchichtlich Gewordenes darzuſtellen und damit die Kluft zu überbrücken, welche unſer lebendiges Recht noch von der Theorie in ihrer traditionellen Form trennt. Es gilt, das heutige gemeine Recht nicht als ein Conglomerat von Beſtandtheilen verſchiedenen Urſprungs, ſondern als das Product einer organiſchen Fortentwickelung aus denſelben zu conſtruiren. Dies iſt die Aufgabe, welche der heutigen Wiſſenſchaft obliegt und welche ſie hier mit mehr, dort mit minder klarem Bewußtſein in Angriff genommen hat.

Die ältere romaniſtiſche Doctrin ging von der Vorausſetzung aus, daß die Juſtinianiſche Geſetzgebung durch die Thatſache der Reception unmittelbare Quelle für das heutige Recht geworden ſei. Sie glaubte alſo mit einer Reproduction des Juſtinianiſchen Rechtsſtoffes ihrer Hauptaufgabe genug gethan zu haben, und dem modificirenden Einfluß der ſpäteren Entwickelung — unter den Rubriken: canoniſches Recht, Reichsgeſetzgebung, allgemeine Gewohnheit — nur gelegentliche Anhängſel widmen zu dürfen. Dieſe Vorausſetzung iſt einer geläuterten Auffaſſung nicht entſprechend. Zwar wird man zugeſtehen müſſen, daß das römiſche Recht als ein Ganzes — in complexu, wie man früher zu ſagen

pflegte — bei uns Geltung gewonnen hat. Die deutschen Juristen, welche in Italien, als der einzigen Rechtsschule von universeller Bedeutung, ihre Bildung suchten, erlagen dem überwältigenden Eindrucke des glänzenden Erzeugnisses der antiken Cultur. Sie glaubten, »kein fremdes Recht zu übertragen, sondern nur das seiner Entwickelung nach vollendetere Recht, das Recht κατ' ἐξοχήν anzuwenden«.[1]) Gerade die geschlossene Form der Justinianischen Codification beförderte diese freiwillig anerkannte Autorität der fremden Rechtsquellen. Dennoch kann jedenfalls nicht das Justinianische Recht als solches für den Gegenstand der Reception gelten. Justinian hat ebenso wenig wie irgend ein anderer Gesetzgeber dem stetigen Fortschritte des Rechts Halt gebieten können. Das sogenannte kaiserliche Recht des funfzehnten und sechzehnten Jahrhunderts, welches auf diese Weise nach Deutschland gelangte, war längst nicht mehr dasselbe, welches der Kaiser fast ein Jahrtausend früher für immer festzustellen gemeint hatte. Und der Einbürgerungsproceß in unserem Vaterlande ist wiederum nicht ohne neue erhebliche Umgestaltungen zu Stande gekommen. Der Umfang dieser Veränderungen in dem Inhalte des recipirten Rechts ist allerdings schwer genau festzustellen. Häufig haben sie sich dem Bewußtsein der damaligen Zeit entzogen, und hinter mißverständlichen Voraussetzungen über den wahren Sinn der römischen Rechtssätze verborgen. Wenn wir dergleichen Mißverständnisse jetzt aufzuklären vermögen, so entsteht in jedem einzelnen Falle die Frage, ob dieselben eine bloße Verirrung des Dogma enthalten, von welcher wir zu der richtiger erkannten Grundlage des römischen Rechts zurückkehren müssen, oder ob sie zugleich eine Umwandlung des Rechts selbst einschließen, welche wir auch jetzt noch als maßgebend anzuerkennen haben. Die Entscheidung solcher Fragen darf gewiß nicht, wie hie und da wohl versucht worden ist, von einem besonderen Beweise der Reception für jede einzelne Materie abhängig gemacht werden. Von einer Beweislast kann dabei weder in der einen, noch in der anderen Richtung gesprochen werden. Wohl aber bedarf es einer jedesmaligen besonderen wissenschaftlichen Erforschung der geschichtlichen Wahrheit. Romanisten und Germanisten stehen einander nicht wie Partheien gegenüber, sondern haben die gemeinsame Aufgabe vor sich, das Detail des Receptionsprocesses und die sich daran anschließende weitere Entwickelung des Rechts aufzuklären. Schon die Fortbildung des römischen Rechts in Italien während des Mittelalters ist ja durch germanische Elemente vielfach beeinflußt worden; für die spätere Periode nach Aufnahme des römischen Stoffes in das deutsche Recht verliert aber der Gegensatz vollends alle Bedeutung.

Die mittlere und neuere Geschichte unseres Rechts ist nun aber ein Arbeitsfeld, welches bisher fast brach gelegen hat. Noch jetzt haben wir

1) Stobbe, Geschichte der Deutschen Rechtsquellen S. 640.

keine Kräfte, die dafür ex professo berufen wären; die Aufgabe liegt noch außerhalb der abgegrenzten Gebiete der zünftigen Wissenschaft. Auf der anderen Seite hat sich Niemand derselben vollständig entziehen können, der irgend eine rechtliche Materie zum Gegenstande einer Specialuntersuchung machte. Die ersten Erfolge in dieser Richtung sind daher hauptsächlich den monographischen Arbeiten zu danken, welche überwiegend den Charakter der heutigen juristischen Litteratur bestimmen. Für diese hat sich fast überall das Bedürfniß gezeigt, die geschichtliche Untersuchung über den Abschluß der Justinianischen Gesetzgebung hinaus bis auf die neuere Zeit fortzusetzen. Nur ist nicht immer der Sinn dieses Bedürfnisses richtig erfaßt worden. Es handelt sich nicht bloß um die theoretischen Ansichten früherer Jahrhunderte; diese sind als solche in der Regel von sehr untergeordnetem Werthe für uns. Vielmehr kommt es auf die Ermittelung der Stellung an, welche jene Theorieen in dem geltenden Rechte ihrer Zeit einnahmen. Mit andern Worten: nicht Dogmengeschichte, sondern Rechtsgeschichte ist es, worauf die Darstellung des heutigen Rechts gegründet werden muß. Der todte Buchstaben, den wir in den alten Juristen vor uns haben, soll in seiner ganzen Ursprünglichkeit wieder lebendig gemacht werden. Die wirkliche Rechtsanwendung soll auf allen ihren Entwickelungsstufen klar gelegt und durch fortlaufende Vergleichung mit dem Ganzen für jedes Theorem Einsicht in seine innere Bedeutung gewonnen werden. Mit solchen Ansprüchen steigern sich allerdings auch die Schwierigkeiten der Forschung. Es genügt keine einfache Reproduction dessen, was Glossatoren und Commentatoren über eine Materie geschrieben haben. Auch die alten Consilien- und Decisionensammlungen geben häufig nur beschränkte Ausbeute. Nicht selten steht die Cautelarjurisprudenz dem eigentlichen Rechtsleben näher, oder man kann aus Urkunden, welche den Verkehr der Zeit unmittelbar wiederspiegeln, über den leitenden Gedanken eines Rechtsinstituts Licht gewinnen. Wichtige Aufschlüsse dürfen noch aus dem genaueren Studium der Statutarrechte, sowohl der italienischen als der deutschen Städte, erwartet werden. Alles dies sind aber Forschungen, für welche zum Theil erst die Quellen flüssig gemacht werden müssen. Wenn auch für einzelne Gebiete Werthvolles geschehen ist,[2]) so ist doch das Geleistete nur ein kleiner Anfang im Verhältniß zu dem, was zu thun übrig bleibt; es sind immer erst einzelne Bruchsteine für das künftige Gebäude einer wahren geschichtlichen Rechtswissenschaft.

Diese allgemeinen Bemerkungen habe ich vorausgeschickt, um den Standpunkt zu bezeichnen, von welchem ich die nachfolgenden auf das

2) Ich erinnere vor Allem an die glänzenden Resultate der Briegleb'schen Untersuchungen über den Proceß.

heutige Recht bezüglichen Betrachtungen aufgefaßt zu sehen wünsche. Wenn ich die Untersuchung der Rechtsinstitute, welche uns beschäftigt haben, auf das römische Recht beschränkt, und mit dem Zeitalter Justinians abgebrochen habe, so ist dies mit dem vollen Bewußtsein geschehen, daß die gewonnenen Resultate für eine erschöpfende Darstellung ihrer heutigen Gestalt unzulänglich sind. Für diesen Zweck würden die Fäden der geschichtlichen Entwickelung durch alle Zwischenperioden haben verfolgt werden müssen. Dies ist eine Aufgabe, welche ich ungelöst lasse; der Stand unserer Wissenschaft im Allgemeinen, welchen die Kräfte des Einzelnen nicht zu überholen vermögen, gebietet eine solche Beschränkung auf das zunächst Erreichbare. Was ich in der Einleitung von der Geschichte der Delegation im italienischen Mittelalter und während der Receptionsepoche gegeben habe, und was daran etwa im Folgenden noch anzuknüpfen ist, macht keinen höheren Anspruch als den einer vorläufigen Andeutung. Es mag aber zugleich als Beispiel dienen, wie überraschende Entdeckungen selbst auf solchen Gebieten, wo die heutige Lehre sich gar keines Gegensatzes von fremdem und einheimischem Recht bewußt ist, von derartigen Forschungen noch erwartet werden können.

Ich verzichte unter diesen Umständen darauf, die Ergebnisse meiner Untersuchung für den unmittelbaren Handwerksgebrauch der heutigen Praxis zurechtzumachen. Damit würde ich mich eines unhistorischen Sprunges schuldig zu machen glauben. Auf der anderen Seite bin ich aber weit entfernt, für meine Arbeit einen bloß rechtsgeschichtlichen Werth in Anspruch zu nehmen. Vielmehr werden die gewonnenen Resultate schon jetzt genügen, um der Lehre von der Novation und Delegation wenigstens der bisher herrschenden Auffassung gegenüber eine richtigere Grundlage zu geben.

Die Theorie hat sich bisher mit einer nackten Wiedergabe derjenigen Rechtssätze begnügt, welche als der Inhalt des römischjustinianischen Rechts gegolten haben. Dieses Verfahren trifft derselbe Vorwurf, gegen den ich mich eben verwahrt habe; und zwar mit um so größerem Gewicht, als die bisherige Auffassung des römischen Rechts zu einer unmittelbaren Anwendung in der Gegenwart noch weniger brauchbar ist. Es besteht über diesen Widerspruch zwischen Theorie und Praxis in unserer Materie für jeden denkenden Juristen kaum ein Zweifel. Daß derselbe bisher nur theilweise zur klaren Erkenntniß gebracht worden ist, kommt nur daher, daß es an einer erschöpfenden Untersuchung des Gegenstandes überhaupt gefehlt hat. Ich will hier nur an den wichtigsten Punkt erinnern. Fast alle Rechtsfälle, in welchen die Lehre von der Novation in neuerer Zeit zu Zweifeln Veranlassung gegeben hat, beziehen sich — wie man sich durch jede flüchtige Ueberschau leicht überzeugen kann — auf den besonderen Fall der Uebernahme einer fremden

Verbindlichkeit durch einen neuen Schuldner. Gerade hier zeigt sich am deutlichsten, daß die herrschende Theorie dem Bedürfnisse der Gegenwart nicht zu genügen vermag, weil sie den Begriff einer Passivsuccession nicht statuiren will. Dieser Conflict zwischen Leben und Wissenschaft ist von Deibrück so klar und schonungslos bloßgelegt, und seitdem so allgemein empfunden worden, daß ich mich jedes weiteren Nachweises überhoben halten kann. Für diese praktisch erheblichste Seite unseres Gegenstandes ergiebt sich nun aber aus unserer Untersuchung, daß das römische Recht — wenigstens der Justinianischen Zeit — dem heutigen Zustande viel näher steht, als man bisher angenommen hat. Die Berichtigung der romanistischen Lehre kommt also hier dem heutigen Recht um so unmittelbarer zu Gute. Ein großer Theil der Umwandlungen, welche man der modernen Entwickelung zuschreiben zu müssen glaubte, kann jetzt schon innerhalb des römischen Rechtes selbst als vollendet oder doch vorbereitet nachgewiesen werden. Diese Wiederannäherung des heutigen Rechtszustandes und seiner römischen Grundlage erstreckt sich auf das ganze Gebiet der Novation, und entspringt aus der modificirten Grundanschauung, welche für den römischen Novationsbegriff gewonnen werden mußte.

Umgekehrt habe ich für die römische Delegation einen dem heutigen Rechte noch ferner stehenden Grundbegriff nachzuweisen gesucht. Delegation ist danach bei den Römern etwas völlig Anderes, als was die heutige Wissenschaft unter dieser Bezeichnung versteht. Sie steht mit der Novation nur in ganz losem Zusammenhange, bildet vielmehr in der Hauptsache das Aequivalent für die heutige Anweisung. Der Gewinn ist also hier zunächst nur ein negativer; der störende Einfluß, welchen die mißverstandene Delegationslehre auf die Theorie der Novation ausgeübt hat, wird beseitigt. Positiv kommt die neue Erkenntniß einem ganz anderen Institute zu Gute; es wird für die Anweisung der historische Zusammenhang mit der römischen Delegation, welcher für das Bewußtsein ganz verloren gegangen war, wiedererobert. Hier zeigt sich nun aber, daß das heutige Recht nicht, wie man bisher thun zu können meinte, auf ausschließlich römische Grundlagen zurückgeführt werden darf. Das eigenthümlich römische Institut, welches ich unter der Bezeichnung der reinen Creditanweisung dargestellt habe, ist in Deutschland nur mit wesentlichen Modificationen aufgenommen worden. Die Anweisung erscheint also jetzt als ein Rechtsinstitut gemischten Ursprungs, als das Product einer innerlichen Durchdringung römischer und deutscher Grundsätze, welche neue, selbstständige Eigenthümlichkeiten zu Wege gebracht hat. Von diesem Gegenstande unserer Untersuchung gilt also in noch höherem Maße das vorher Gesagte. Durch die Wiederherstellung des römischen Rechts in seiner Reinheit kann nur die eine Seite des Insti-

tuts neu beleuchtet werden; die Vervollständigung des Bildes muß einer erschöpfenden Untersuchung seiner späteren Geschichte vorbehalten bleiben.

Die nachfolgenden Betrachtungen sind hiernach überall auf das Maß der allgemeinsten Grundlinien beschränkt worden. Bei der Neuheit der gewonnenen Gesichtspunkte konnte ohnehin nur die Feststellung der leitenden Principien erstrebt, für eine spätere abgerundete Theorie die Basis gesucht werden. Gleichwohl hoffe ich, schon damit auch für eine Verwerthung meiner Ansichten in der Praxis fruchtbringende Anknüpfungspunkte zu liefern. Wo die Entscheidung einer Frage nicht unmittelbar getroffen wird, durfte wenigstens der Weg gezeigt werden, auf welchem sie zu suchen ist. Für jeden an eine wissenschaftliche Methode der Rechtsfindung gewöhnten Richter wird damit eine genügende Handhabe geboten sein, um zur richtigen Beurtheilung der Einzelfälle zu gelangen. Je weniger ich in das Detail der Dogmatik eingegangen bin, desto mehr Aufmerksamkeit darf ich übrigens nicht nur im Gebiete des gemeinen Rechts im engeren Sinne, sondern auch in den Ländern der modernen Gesetzbücher erwarten, welche ja in unserer Materie hauptsächlich nur den Inhalt des gemeinen Rechts zu reproduciren gesucht haben.

§. 71. Untergang der Stipulationsform und allgemeine Klagbarkeit der Verträge.

Bevor ich zu der Erörterung der untersuchten Rechtsinstitute im Einzelnen übergehe, will ich einleitungsweise noch an zwei Thatsachen der allgemeinen Rechtsgeschichte erinnern, welche den Charakter des heutigen Obligationenrechts im Gegensatze zu dem römischen wesentlich bedingen. Die eine ist das vollständige Verschwinden der römischen Stipulationsform, und die damit in Verbindung stehende allgemeine Klagbarkeit der Verträge; die andere das Entstehen einer neuen formellobligatorischen Vertragsart in der Gestalt des heutigen Wechsels. Jene erste Thatsache gehört bereits der Periode des italienischen Mittelalters an; sie war zur Zeit des Eindringens des römischen Rechts in Deutschland schon vollendet. Diese zweite war umgekehrt damals nur in ihren ersten Anfängen vorbereitet, und hat erst in der neuesten Entwickelung ihren Abschluß gefunden.

Die Stipulation war ursprünglich, wie wir gesehen haben, eine mit solcher Kraft ausgestattete Vertragsform, daß dadurch eine von den materiellen Unterlagen des Geschäfts unabhängige, durch die Form allein klagbare Obligation erzeugt werden konnte. Es konnte durch die Form eine Trennung der Obligation von ihrer causa verwirklicht werden, ohne daß deshalb der obligatorische Werth verloren ging. Dies geschah, wenn die Stipulation auf das Object in abstracto gerichtet wurde:

centum dari spondes? Eine ſolche Stipulation war im älteren römiſchen Rechte klagbar, ohne daß der Gläubiger zur Begründung ſeiner Klage den materiellen Hintergrund ſeiner Forderung, den nicht zur Erſcheinung gebrachten Reſtbeſtandtheil des Vertrages, zu Hülfe zu nehmen nöthig hatte. Durch die äußere Geſtalt des Verbalcontracts war dieſe Trennung der Obligation von ihrer causa aber von Hauſe aus nicht mit Nothwendigkeit geboten. Es konnte auch der Geſammtinhalt eines individuellen Vertrages in derſelben Form wiedergegeben werden. Wenn dies geſchah, wirkte die Stipulation nicht formell obligatoriſch, ſondern ihr Erfolg beſchränkte ſich darauf, dem materiellen Inhalt der Obligation eine proceſſualiſch veränderte Geſtalt zu geben, wenn dafür bereits eine ſelbſtſtändige Klage exiſtirte, oder aber demſelben Klagbarkeit zu verſchaffen, wenn dies nicht der Fall war. Nur in dieſer letzteren Function hat die Stipulation bis in das Juſtinianiſche Recht fortgedauert. In der abſtracten Geſtalt: centum dari spondes? hatte die Form ihre übergreifende Wirkung verloren, ſie mußte durch den Nachweis eines materiellen Obligationsgrundes ergänzt werden.

Dieſer ganze, ſchon innerhalb des römiſchen Rechts vollzogene Entwickelungsproceß iſt Gegenſtand früherer ausführlicher Unterſuchung geweſen; es iſt hier nur an das Reſultat derſelben weiter anzuknüpfen. Die der Stipulation verbliebene Wirkſamkeit läßt ſich am paſſendſten verdeutlichen durch eine Vergleichung mit der von einigen neueren Geſetzbüchern, z. B. dem Allgemeinen Preußiſchen Landrecht, zur regelmäßigen Bedingung der Klagbarkeit eines Vertrages erhobenen Schriftform. Die Schrift nimmt ebenfalls den Geſammtinhalt des Vertrages in ſich auf; ein nacktes Verſprechen: ich will Dir Hundert zahlen, wird nicht dadurch allein klagbar, daß es ſchriftlich abgegeben iſt. Die obligatoriſche Wirkung des Vertrages beruht hauptſächlich auf ſeinem Inhalte; die Form ſichert ihm nur den vollſtändigen rechtlichen Erfolg. Wo ein Vertrag ausnahmsweiſe auch in mündlicher Form klagbar ſein würde, wird ſein inneres Weſen durch ſchriftliche Abfaſſung gar nicht verändert. Die römiſche Stipulation in ihrer ſpäteren Geſtalt hatte ſich, wie wir geſehen haben, auch äußerlich dieſer Schriftform genähert. Nur genügte nicht die ſchriftliche Redaction allein, ſondern es bedurfte der ausdrücklichen Einfügung der Stipulationsclauſel: stipulanti promisit oder ähnlich. Zu einer ſolchen Clauſel für materielle Verträge beliebigen Inhalts war die Stipulationsform herabgeſunken. In dieſer Verflüchtigung hat ſie durch einen großen Theil des italieniſchen Mittelalters fortexiſtirt. Auch in deutſchen Urkunden ſind hie und da Spuren derſelben nachgewieſen worden, ohne daß dieſe jedoch auf die Rechtsentwickelung im Allgemeinen irgend einen Einfluß gewonnen hätten. Es liegt auf der Hand, daß es nur eines geringen Entſchluſſes bedurfte, um dieſen letzten Reſt

des altrömischen Instituts über Bord zu werfen. Die Wurzeln, mit denen es ursprünglich tief in das römische Contractensystem eingewachsen war, waren längst verdorrt. Was jetzt noch zu Tage lag, konnte der späteren Zeit nur den Eindruck einer werthlosen Antiquität machen. Dem entspricht denn auch ganz die Art der Behandlung, welche die italienischen Commentatoren der Stipulationsclausel zu Theil werden ließen. Man rechnete sie zu den apices juris, auf welche sich Niemand berufen dürfe, ohne der bona fides entgegenzuhandeln. Unter dem doppelten Einflusse des canonischen Rechts und der freieren Praxis in Handelssachen gelangte man bald dahin, sich von der lästigen Fessel ganz zu befreien.

Dieser Gang der Sache macht es verständlich, daß die Stipulationsform bei ihrem Absterben ohne irgend einen positiven Ersatz geblieben ist. Es bedurfte dessen nicht, weil die obligatorische Wirkung der Form sich bereits vollständig auf den materiellen Inhalt des Vertrages stützte. Die Form war nur noch ein Kleid, in welches sich der Vertrag unter Umständen einhüllen mußte, wenn er sich vor Gericht produciren wollte. Diese Hülle konnte abgestreift werden, ohne das Wesen der Sache zu verändern. Die *nuda* conventio nahm vollständig dieselbe Stelle ein, welche dem förmlichen Vertrage noch verblieben war.

Man gelangte also schon innerhalb der Periode des italienischen Mittelalters zu dem Grundsatze der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge nach Maßgabe ihres Inhalts. Dieser Grundsatz ist nicht etwa speciell deutschen Ursprungs; im Gegentheil hatte das deutsche Obligationenrecht hie und da Anfänge eigenthümlicher Formalverträge aufzuweisen, welche durch die Reception des fremden Rechts in ihrer Fortbildung gestört worden sind. Das neue abstracte Princip gehört vielmehr dem immer universeller gewordenen römischen Recht an, welches damit seinen durch viele Jahrhunderte fortgesetzten Abschleifungsproceß vollendete. Das schließliche Resultat war durch die der Stipulation im Justinianischen Recht gegebene Stellung schon wesentlich vorbereitet. Der umgestaltende Einfluß desselben auf das römische Contractensystem ist deshalb auch nicht von der Bedeutung geworden, welche man ihm hie und da zugeschrieben hat. Die beiden großen Classen der Consensual- und Realcontracte enthielten schon seit der ältesten Zeit die Vorbilder für den nun verallgemeinerten Maßstab der Beurtheilung der Verträge nach ihrem Inhalt. Die mit sachlich eigenthümlichen Klagen ausgestatteten benannten Contracte beider Gattungen waren von Hause aus von dem Zwange der Form emancipirt. Auf diesem, bei weitem die wichtigsten Vorkommnisse des Rechtslebens umfassenden Gebiete war das Princip der materiellen Verträge in der Ausbildung bestimmter, scharf gezeichneter Gestalten allmählich herangereift. Der verbleibende Rest konnte ihm mit Leichtigkeit untergeordnet werden.

Am bedeutsamsten zeigt sich die Umwandlung auf dem Felde der im engeren Sinne sogenannten Innominatcontracte. Diese waren von den Römern, ihrer inneren Natur zuwider, nur vermöge ihrer unvollkommenen Klagbarkeit zu den Realcontracten gestellt worden. Hier sind die unvollkommenen römischen Rechtsmittel (condictio causa data causa non secuta und actio praescriptis verbis), welche vorgängige Erfüllung, also eine res, voraussetzten, jetzt durch die allgemeine Klage auf Erfüllung oder das an deren Stelle tretende Interesse ersetzt, und damit jene Gattung von Verträgen vielmehr den Consensualcontracten angereiht worden.[1])

Dagegen ist das Wesen derjenigen Rechtsgeschäfte, deren Wirksamkeit im römischen Recht noch auf der Stipulation beruhte, durch den Wegfall dieser Form nicht verändert worden. Dies gilt insbesondere auch von denjenigen, welche den Gegenstand unserer besonderen Betrachtung bilden. Hier ist die Stipulation durch den formlosen Vertrag in allen ihren Wirkungen ersetzt worden. Ebenso wie z. B. die römischen Formen der fidejussio und des constitutum debiti alieni verschwunden sind, ihr gemeinschaftlicher Inhalt aber in der heutigen Bürgschaft erhalten geblieben ist, ebenso haben sich Novation und Delegation zu selbstständigen, materiell charakterisirten Instituten umgebildet, für welche die Bedeutung der Form völlig verloren gegangen und der Inhalt allein bestimmend geworden ist.

Sobald wir zu der Recapitulation eben dieses Inhalts übergehen, werden wir auf die Frage im Einzelnen zurückzukommen haben. Der allgemeine Grundsatz, welchen ich hier anticipirt habe, ist im Wesentlichen auch seither der herrschende gewesen. Daß Novation und Delegation jure hodierno, moribus nostris durch nudum pactum vollzogen werden könnten, darüber bestand eigentlich kein Zweifel. Man beruhigte sich aber bis in die neuere Zeit bei dem unklaren Bewußtsein eines geänderten Rechtszustandes, ohne sich um die ursprüngliche Bedeutung der römischen Stipulation weiter zu bekümmern. Erst in Folge der neueren, eingehenden Untersuchungen über dieses Thema haben sich hier und da Stimmen im entgegengesetzten Sinne vernehmen lassen. Es zeigt sich hierin eine Consequenz der von mir mehrfach bekämpften Auffassung, welche der Stipulation allgemein und dauernd jene stärkere Wirkung beilegt, die sie im älteren römischen Recht zum Theil wirklich gehabt, in der Justinianischen Zeit aber bereits vollständig verloren hatte.

Die römische Rechtsentwickelung hat mit einer vollständigen Zer-

1) Vergl. Puchta Pandekten §. 250. — Wo eine neue Form für die Klagbarkeit der Verträge eingeführt wurde, mußten sogleich wieder ähnliche Klagen von beschränkter Natur, wie jene römischen, geschaffen werden, z. B. im preußischen Recht für den Fall versäumter Schriftlichkeit. A. L. R. Th. I. Tit. 5. §§. 155—168.

störung der formellobligatorischen Vertragsarten abgeschlossen. Theils waren dieselben gänzlich untergegangen, wie das nexum und der Litteralcontract, theils war die Form in ihrer verpflichtenden Kraft von dem Inhalte abhängig gemacht worden. Das Letztere gilt, ebenso wie von der Stipulation, auch von dem receptum argentarii, welches durch Justinians Gesetzgebung unter dem Einfluß des herrschend gewordenen Princips der materiellen Verträge ebenfalls seiner charakteristischen Eigenthümlichkeit beraubt wurde. Diese Lücke ist in der modernen Rechtsbildung ausgefüllt worden durch den Wechsel. Der Wechsel, und dieser allein, ist in der heutigen Zeit wiederum eine Form geworden, durch welche Trennung eines Forderungsrechts von seiner causa verwirklicht, in welcher eine abstracte, durch die Form allein klagbare Verbindlichkeit erzeugt werden kann.

§. 72. Der Wechsel als Formalcontract des heutigen Rechts.

> Die in vorgeschriebener Form ausgestellten Wechselerklärungen verpflichten ohne Rücksicht auf Zweck und Veranlassung zur Bezahlung der Wechselsumme, unbeschadet der etwanigen Einreden und Gegenansprüche, welche aus dem ihrer Ausstellung zum Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen den einzelnen Betheiligten hervorgehen können (Motive zum preußischen Entwurf einer Wechselordnung von 1847. Einleitung S. VIII.).

Diese uns heutzutage so geläufige Auffassung des Wechsels als eines bloßen Formalcontracts ist gleichwohl nur das Resultat einer Jahrhunderte umfassenden, stufenweisen Entwickelung, welche bis in die Gegenwart hineinreicht, und für uns erst mit der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung als vollendet gelten kann. Auch dürfen wir nicht vergessen, daß erst dieses Gesetz durch Einführung der allgemeinen Wechselfähigkeit das Institut der engeren Sphäre des Handelsrechts, welcher es seine Entstehung verdankt, entrückt und zu einen wesentlichen Gliede unseres Obligationenrechts überhaupt erhoben hat.

Es hat weder in älterer noch neuerer Zeit an historischen Untersuchungen über das Wechselrecht gefehlt; jedoch haben sich dieselben überwiegend auf die allmähliche Ausbildung der Wechseltechnik gerichtet und können nicht überall von dem Vorwurfe freigesprochen werden, auch an die Erscheinungen der fernen Vergangenheit den Maßstab des heutigen Rechtsbewußtseins angelegt zu haben. Eine erschöpfende und fruchtbringende Geschichte des Wechsels müßte vielmehr hauptsächlich dessen materielle Function in ihren verschiedenen Stadien und deren Beziehungen zu dem jedesmaligen allgemeinen Rechtszustande zum Gegenstande haben. Für unseren Zweck wird es genügen, an die Hauptphasen der Entwickelung

mit kurzen Worten zu erinnern. Ich spreche dabei vorzugsweise nur von der Tratte; der eigene Wechsel ist eine Nebenform von untergeordneter Bedeutung, welche hier von der Betrachtung ausgeschlossen bleiben kann.

Der gezogene Wechsel stammt bekanntlich aus Italien und ist von da aus Gemeingut der europäischen Civilisation geworden. In seiner ursprünglichen Gestalt, deren Spuren bis ins zwölfte Jahrhundert zurückreichen, war er nichts weniger als ein Formalact im heutigen Sinne, sondern vielmehr ein ganz bestimmten Bedürfnissen des Handelsstandes dienendes, materiell charakterisirtes Rechtsgeschäft. Es drehte sich lediglich um den Geldversand von Ort zu Ort, welcher von den Geldwechslern (campsores) dergestalt in den Kreis ihres Gewerbes gezogen wurde, daß sie sich durch regelmäßige Verbindungen mit auswärtigen Handelsplätzen in Stand setzten, eine erhaltene Summe dort in der entsprechenden Landesmünze auszuwechseln. Anstatt baaren Geldes gaben sie also nun Wechselbriefe, d. h. schriftliche Anweisungen auf einen auswärtigen Geschäftsfreund, welche zugleich die Stelle einer Schuldurkunde über die erhaltene Valuta vertraten. Anfänglich concurrirten bei einem solchen Wechselgeschäft regelmäßig vier Personen, zwei an dem einen Orte und zwei an dem anderen; hier die ursprünglichen Contrahenten: der Versender des Geldes (remittens), welcher die Valuta einzahlte, und der Wechsler, welcher sie empfing (tractans); dort die beiderseitigen Repräsentanten für die Erstattung der verabredeten Wechselsumme: der vom Trassanten angewiesene Zahler (is ad quem dirigitur tracta, Trassat), und der vom Remittenten designirte Empfänger (is ad quem dirigitur remissa, später gewöhnlich Präsentant genannt). Alle diese vier Personen wurden in der über den Wechselvertrag errichteten Urkunde namentlich aufgeführt. Schon in der ältesten Zeit erhielt dieselbe regelmäßig die Form eines Briefes des Trassanten an den Trassaten, welcher dem Remittenten zur Beförderung eingehändigt wurde. Das Schema desselben bestand aus drei Theilen, nämlich:

1. einer Anweisung an den Adressaten, der als Präsentanten benannten Person die verschriebene Wechselsumme auszuzahlen,
2. dem Bekenntnisse des Schreibers über den Empfang der Valuta von dem Remittenten, mit Angabe des Betrages und der Münzsorte,
3. der Instruction für den Trassaten, woher er das Geld nehmen oder Deckung erhalten sollte.[1])

1) Das Detail dieses letzten Punktes wurde schon sehr früh einem besonderen Avisbrief vorbehalten, auf welchen dann der Wechselbrief Bezug nahm. Immer aber erhielt dieser noch die Angabe der Person, welcher der Trassat die Zahlung in Rechnung stellen sollte, nämlich entweder dem Aussteller selbst, oder einer neuen, fünften Person (Tratte für fremde Rechnung).

Jede dieſer drei Clauſeln hatte ihre vollſtändige ſachliche Bedeutung, und die daraus entſpringenden Rechtsverhältniſſe wurden ganz nach allgemeinen Regeln beurtheilt.

Die großartige Bedeutung, welche dieſes Wechſelgeſchäft für den kaufmänniſchen Verkehr gewann, iſt hauptſächlich dem Umſtande zuzuſchreiben, daß es die Zufluchtsſtätte für die gewinnbringende Benutzung von Kapitalien wurde, welcher die regelmäßige Form des zinsbaren Darlehns durch das Verbot des canoniſchen Rechts verſchloſſen war. Das cambium wurde dadurch der Sitz aller kaufmänniſchen Creditgeſchäfte, und mußte ſich eine Reihe von künſtlichen Umbildungen gefallen laſſen, um zu dieſem neuen Zwecke geſchickt zu werden. Es war nun in den meiſten Fällen gar nicht baare Zahlung der Wechſelſumme beabſichtigt, ſondern Ausgleichung derſelben durch einen Rückwechſel auf den urſprünglichen Traſſanten, ſo daß der doppelte Cursgewinn für den Remittenten der einzige praktiſche Erfolg blieb.[2]) Dieſe Ausartungen des Geſchäfts ſind zwar ſpäter wieder verſchwunden, jedoch nicht ohne weſentliche Veränderungen in der Natur des Wechſels zurückzulaſſen.

Das juriſtiſche Intereſſe derſelben knüpft ſich vor Allem an die allmählich veränderte Bedeutung des Valutabekenntniſſes. Urſprünglich war dies weiter nichts, als ein Beweismittel für die effectiv geleiſtete Zahlung, und konnte durch Gegenbeweis entkräftet werden. Wenn dies geſchah, gab es keine wirkſame Verpflichtung aus dem Wechſel. Je mehr es aber zur Gewohnheit wurde, die Valuta zu creditiren, deſto mehr verlor ſich dieſer einfache Sinn der Sache. Hinter dem buchſtäblich aufrechterhaltenen Bekenntniß der baaren Zahlung verſteckte ſich nun irgend ein anderer Schuldgrund, der ſich mehr und mehr der ſachlichen Prüfung entzog. Dem Bedürfniſſe des kaufmänniſchen Credits, welcher möglichſte Strenge der eingegangenen Verpflichtungen erforderte, kam hier die neuere Entwickelung des Executivproceſſes zu Hülfe. Es wurde nun — nach der Ausdrucksweiſe der damaligen Jurisprudenz — die exceptio non numeratae pecuniae gegen die Wechſelklage ausgeſchloſſen. Damit hörte das Valutabekenntniß auf, bloßes Beweismittel zu ſein; es wurde zu einem formalen Verpflichtungsgrunde erhoben. Demgemäß konnte es in ſpäterer Zeit auch jedes beſonderen Inhalts entkleidet und zu einer bloßen Floskel abgeſchwächt werden: Werth erhalten, oder noch bedeutungsloſer: Werth in Rechnung, Werth verſtanden und dergl. Der buchſtäbliche Sinn des cambium als eines Wechſels von Geld gegen

2) Dies galt insbeſondere für die Meßwechſel in ihrer urſprünglichen Bedeutung, welche ſie jetzt freilich längſt verloren haben. Es wurden beſondere Wechſelmeſſen errichtet, auf denen nur mit Rechnungsmünzen gehandelt wurde, und die nur zur Regulirung des Curſes dienten, z. B. die berühmte Genueſer Wechſelmeſſe, welche im ſechzehnten Jahrhundert zu Beſançon und im Anfange des ſiebzehnten zu Piacenza gehalten wurde.

Geld ging völlig verloren. Das Object des Vertrages reducirte sich auf Zahlung einer abstracten Geldsumme.

Wiederum der Einfluß des Executivprocesses erzeugte einen ähnlichen Formalismus in anderer Richtung. Der ursprünglichen sachlichen Bedeutung des Wechselvertrages gemäß mußte der Remittent, Präsentant, oder wer sonst als Kläger aus demselben auftrat, seine Berechtigung besonders nachweisen. Jetzt wurde nicht mehr das materielle Recht, sondern nur die urkundliche Legitimation geprüft. Diesen Umschwung unterstützte eine bedeutsame Veränderung in der äußeren Gestalt der Wechselbriefe. Seit dem siebzehnten Jahrhundert verschwand aus dem Texte derselben der Name der Präsentanten; er wurde durch die Ordreclausel und das Indossament ersetzt. Die spätere Vervielfältigung des letzteren und seine Verflüchtigung bis zum Blancoindossament eröffnete dem Wechsel die neue Function eines circulationsfähigen Werthpapiers; — eine Seite der späteren Entwickelung, die hier nur angedeutet zu werden braucht.

Für das einfache Wechselgeschäft blieben demnach drei Personen: Trassant, Trassat und Remittent. Dadurch reducirte sich die materielle Grundlage desselben auf eine Anweisung. Von jenen drei ursprünglichen Bestandtheilen des Wechselbriefes hatte der erste allein seine innere Bedeutung behalten. Die sachlichen Eigenthümlichkeiten, welche das cambium früher vor der bloßen Anweisung auszeichneten, waren jetzt verschwunden. Am längsten wurde noch an der distantia loci, als einem aus der älteren Gestalt überkommenen Erforderniß festgehalten. Nachdem auch dieses obsolet geworden war, beschränkte sich der Unterschied auf die Form. Die Vorrechte der Tratte knüpften sich — wenigstens in Deutschland — ausschließlich an die Bezeichnung der Urkunde mit dem Namen Wechsel; das Valutabekenntniß wurde schließlich auch in seiner formellen Bedeutung für entbehrlich erachtet. Diese Form erzeugte gewisse besondere, ausschließlich wechselmäßige, rechtliche Wirkungen, theils processualischer Natur, theils in das materielle Recht eingreifend. Zu den letzteren gehörte hauptsächlich die unbedingte Verpflichtung des Trassanten, der formelle Wechselregreß. Dagegen war die selbstständige Verbindlichkeit des Trassaten aus dem Accept bereits dem Wechsel und der Anweisung gemeinsam. Soweit die eigenthümliche Wechselstrenge nicht reichte, blieb Alles nach den Regeln der Anweisung zu beurtheilen. Da diese vermöge ihres historischen Zusammenhanges mit der römischen Delegation in den engeren Kreis unserer Betrachtung hineingehört, so werde ich auf diese Berührungspunkte zum Theil noch zurückkommen müssen.

Die Verwandtschaft des gezogenen Wechsels mit der Anweisung, wie ich sie eben angedeutet habe, bildet bisher überall noch die unver-

änderte Grundlage der Theorie.[3]) Auch sind die meisten außerdeutschen Wechselrechte auf diesem Standpunkte stehen geblieben. Für uns ist derselbe aber durch die neueste Entwickelung wiederum bereits überflügelt, und damit der letzte Faden abgerissen worden, der den Wechsel noch an die materiellen Rechtsgeschäfte anknüpfte. Der Schritt, welcher ihn dieser seiner abstractesten Gestalt zugeführt hat, ist erst in der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung gethan worden durch die Sanction einer wechselmäßigen Klage des Ausstellers gegen den Acceptanten.[4]) Die Consequenzen dieser Neuerung sind bisher kaum in ihrem vollen Umfange gewürdigt worden. Vorbereitet wurde sie wiederum durch eine veränderte äußere Gestalt des Wechsels, nämlich die Tratte an eigene Ordre. In dieser, neuerdings mit Vorliebe gebrauchten, Form ist auch der Remittent aus dem Texte des Wechsels verschwunden und, wie früher der Präsentant, in die Stellung eines Indossatars gedrängt. Trassant und Trassat sind die einzigen bei dem Wechsel selbst betheiligten Personen geblieben. Nach dem älteren Rechtszustande war diese Art von Tratte noch gar kein Wechsel; sie konnte es erst durch das Indossament des Ausstellers werden. Nachdem man ihr jetzt selbstständige Wechselkraft beigelegt hat, ist sie zugleich implicite die Grundform für das ganze Institut geworden. Der Wechsel mit einem benannten Remittenten ist jetzt kein einfacher Wechsel mehr; er ist der Sache nach eine Combination von Tratte an eigene Ordre und Indossament, welches letztere hier nur nicht in seiner gewöhnlichen Form vollzogen ist. Es ist nur eine historische Reminiscenz, wenn in der A. D. W. O. diese Combination noch als die Regel (Art. 2.), die Tratte an eigene Ordre als die Ausnahme behandelt wird (Art. 3.). In ihrer einfachsten Gestalt ist die Tratte ein Rechtsgeschäft zwischen zwei Personen geworden, bei welchem der Acceptant ganz dieselbe Stellung hat, wie der Aussteller eines eigenen Wechsels. Der praktische Unterschied zwischen beiden Formen besteht nur noch darin, daß die Tratte auch vor erfolgtem Accept, also vor Vollziehung des Wechselvertrages zwischen Trassant und Trassat, indossirt werden kann — woran sich dann gewisse eigenthümliche Wirkungen eines solchen anticipirten Indossaments (Regreß mangels Accept u. s. w.) anschließen.

Diese Beschränkung des Wechselvertrages auf zwei Personen schließt jede Beziehung desselben zur Anweisung von selbst aus. In der Formel: Zahlen Sie mir hundert, ist jede Erinnerung daran bereits verschwunden. Die Valutaclausel: Werth in mir selbst, hat für diese neue Form jeden Sinn

3) Z. B. bei Thöl Handelsrecht I. §. 127.

4) Einzelne Stimmen der Wissenschaft haben die Zulässigkeit dieser Klage schon vor dem neuen Gesetze vertheidigt, namentlich Heise in seinen und Cropps Abhandlungen Bd. II. S. 1. Auch folgte die Praxis des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck bereits damals der Autorität seines Präsidenten.

verloren. — Aber auch das Indossament — worunter ich hier das Verhältniß des Trassanten zu einem benannten Remittenten mitbegreife, — giebt dem Wechsel heutzutage nicht mehr mit Nothwendigkeit den Charakter einer Anweisung. An sich erzeugt dasselbe nur eine neue wechselmäßige Verpflichtung des Indossanten; der Wechsel erhält »eine Unterschrift mehr.« Jedes materielle Substrat dieser solidarischen Mithaftung liegt außerhalb des Wechsels. Ob dem Indossament ein wirklicher Umlauf, eine Uebertragung des Wechsels zu Grunde gelegen hat, wird gar nicht ersichtlich. Dies ist nur von vielen Möglichkeiten eine; sollen daraus besondere Rechtsfolgen abgeleitet werden, so bedarf sie jedesmal des Beweises. Ebensogut kann der Indossant nur Bürge für den Acceptanten, für irgend einen ungenannten Creditnehmer, oder was sonst gewesen sein. Die weitere Erörterung dieses Gegenstandes, welche eine eingehende Untersuchung der rechtlichen Natur des Indossaments erfordern würde, kann hier auf sich beruhen bleiben. Ich kehre vielmehr zu der in der Tratte an eigene Ordre verkörperten einfachsten Gestalt des heutigen Wechselvertrages zurück, um auf die für uns wichtigste Frage nach der Bedeutung desselben für das Obligationenrecht im Allgemeinen überzugehen.

Wir haben den Wechsel durch seine stufenweisen Metamorphosen verfolgt, deren jede ihm ein Stück seines ursprünglichen Inhalts geraubt hat; das Endresultat ist eine völlig leere Form für ein Recht auf der einen, eine Verpflichtung auf der anderen Seite. Wir haben einen völlig abstracten Obligationsact vor uns, der nur durch die Strenge des positiven Rechts mit rechtlicher Wirksamkeit ausgestattet ist. Mit dieser Abschälung der Form von ihrem historischen Kern hat sich in gleichem Maße ihre praktische Verwendbarkeit gesteigert. Sie hat mit jedem Schritt ihre materielle Function verallgemeinert, und schließlich das ganze Gebiet der obligatorischen Verträge für sich erobert. Der Wechsel ist jetzt ein Creditgeschäft von allumfassender Wirksamkeit geworden, dem sich die verschiedensten Erscheinungen des Lebens unterordnen müssen. Die nackte Wechselschuld kann eine Darlehns-, eine Kaufgeld- und jede andere Obligation repräsentiren; sie kann ebensogut eine Zahlung, oder eine Schenkung einschließen. Es wird durch den Formalact ein neuer Werth geschaffen, der sich jeder beliebigen rechtlichen Disposition als ein selbstständiges Glied einfügen kann.

Damit ist der Wechsel den materiellen Verträgen des heutigen Rechts gegenüber zu derselben Sonderstellung gelangt, welche die Stipulation in ihrer abstracten Gestalt, und der Litteralcontract bei den Römern einnahmen. Der Austausch der schriftlichen Erklärungen: Zahlen Sie mir gegen diesen Wechsel hundert, Angenommen, hat jetzt denselben rechtlichen Erfolg, wie damals die mündliche Rede und Gegenrede: centum dare spondes? spondeo, oder die correspondirenden Buchungen im codex

accepti et expensi. Die Eigenthümlichkeit dieses Erfolges beruht, wie ich schon in §. 36. gezeigt habe, darauf, daß der Wille der Partheien durch den Formalact unvollständig wiedergegeben wird. Das einfache Versprechen, hundert zu zahlen, bildet an sich nur ein Stück irgend eines concret gestalteten Vertrages. Die Form trennt es von diesem natürlichen Ganzen los, weil sie es zufolge objectiver Rechtsvorschrift selbstständig klagbar macht, ohne daß nach seinem Ursprunge gefragt wird. Der Vertrag wird also durch die Form in zwei Bestandtheile zerlegt, die zu einander in das Verhältniß von res und causa treten. Alle Fragen, welche sich aus der gegenseitigen Abhängigkeit dieser beiden Vertragsbestandtheile ergeben, kehren jetzt bei dem Wechsel in derselben Gestalt wieder, wie wir sie früher bei der Stipulation untersucht haben. Es handelt sich einerseits um den indirecten Einfluß des Causalvertrages auf das abstracte nomen, welcher es unter Umständen (durch condictio oder exceptio doli) anfechtbar macht; andererseits um die Rückwirkung der durch den Formalvertrag künstlich ausgesonderten einseitigen Leistung auf die zu Grunde liegende causa. Die letztere Seite des Gegenstandes ist diejenige, die uns am meisten interessirt. Indem der Wechsel hier alle die materiellen Functionen reproducirt, welche der Stipulation zukamen, kann er vor Allem auch in dasselbe Verhältniß zu einer bestehenden Verbindlichkeit treten, wie die stipulatio debiti. Damit gelangen wir auch für Novation und Delegation zu modernen Analogieen, und es liegt die Versuchung nahe, diese in den Rahmen der römischen Begriffe mit einzuschließen, und demnach geradezu von einer Novation oder Delegation durch Wechsel zu sprechen.

Einer solchen Auffassung stehen gleichwohl von vorn herein erhebliche Bedenken entgegen. Man könnte darauf zunächst einfach erwidern: Die Stipulation ist bei uns nicht recipirt, die Aussprüche unserer Rechtsquellen über diese Form sind für uns nicht mehr maßgebende Vorschriften, sondern nur historische Antiquitäten; noch weniger dürfen wir sie auf eine ganz andere Form beziehen, für welche sie niemals bestimmt waren. Damit ist indessen die Sache nicht erschöpft. Eine directe Uebertragung römischer Rechtssätze von der Stipulation auf den Wechsel ist selbstverständlich von Niemandem beabsichtigt, sondern nur eine indirecte Benutzung derselben als historische Analogie. Für gleiche Verhältnisse sollen gleiche Resultate gewonnen, aus gleichen Prämissen gleiche Schlüsse gezogen werden. Aber auch dieses Verfahren ist gefährlichen Täuschungen ausgesetzt. Die formellobligatorische Wirksamkeit der Stipulation, in welcher der Anknüpfungspunkt gesucht wird, existirte, wie wir gesehen haben, schon nicht mehr im Justinianischen, sondern nur im classischen römischen Recht. Es ist ein Zwischenraum von fast zwei Jahrtausenden, den die Vergleichung überspringen will. Dieser Versuch ist um so ge-

wagter, als Stipulation und Wechsel in ihrem Entwickelungsgang einen gerade entgegengesetzten Verlauf genommen haben. Bei der Stipulation ist die Form immer mehr vor der Bedeutung des Inhalts zurückgetreten, und deshalb schließlich ihrem gänzlichen Untergange zugeführt worden; bei dem Wechsel hat sie sich umgekehrt mehr und mehr dem Einflusse des Inhalts entzogen, bis sie schließlich zur alleinigen Herrschaft gelangte. Die übergreifende Wirkung des Formalactes — das eigentliche tertium comparationis — bildet dort den Ausgangspunkt, hier den Abschluß der Entwickelung. Ebendeshalb steht der römische Formalcontract zu dem Rechtssysteme im Ganzen in einem völlig anderen Verhältnisse, wie der heutige. Gerade also für die Beziehungen desselben zu den materiellen Rechtsgeschäften, *für das civile Wechselrecht* — wie man es neuerdings wohl bezeichnet hat — *kann uns die Analogie des römischen Rechts wohl die Fragstellung, aber nicht die Lösung liefern; diese muß vielmehr in der eigenen Geschichte des modernen Instituts gesucht werden.* Wenn hiernach im Folgenden einzelne Fragen dieser Art mit berührt werden, geschieht es überwiegend in negativer Richtung, um der Ausdehnung romanistischer Theorieen auf ein ihnen fremdes Gebiet entgegenzutreten. Die positive Beantwortung liegt außerhalb meiner Aufgabe in der Begrenzung, die ich ihr gegeben habe; es können dafür nur beiläufige Andeutungen beigebracht werden.

§. 73. Die römische Delegation als Grundlage der heutigen Anweisung. Unhaltbarkeit des Begriffes der Assignation.

Indem ich nunmehr zu den besonderen Gegenständen unserer Betrachtung zurückkehre, schließe ich mich wiederum der Reihenfolge der Hauptuntersuchung an und beginne also mit der *Delegation*. Darunter ist jedoch nicht dasjenige Institut verstanden, welches heutzutage mit diesem Namen bezeichnet zu werden pflegt, sondern die Delegation im römischen Sinne, welche, wie wir gesehen haben, etwas ganz Anderes war. *Delegatio hieß bei den Römern im allgemeineren Sinne die Anweisung überhaupt, im specielleren die Creditanweisung, und zwar insbesondere die reine Creditanweisung*, d. h. diejenige, welche eine abstracte Obligation des Delegaten, ein bloßes Summenversprechen zum Gegenstande hat. Dem was die herrschende Lehre unserer Zeit Delegation nennt, entspricht bei den Römern nur ein eigenthümlich charakterisirter Fall der Creditanweisung, und zwar der titulirten Creditanweisung, nämlich der, wo die Verpflichtung des Delegaten durch Bezugnahme auf eine frühere Schuld des Deleganten individualisirt ist. Dies ist der Fall der *Passivsuccession*, der zugleich unter den Begriff der Novation gehört. Von diesem wird

am Schlusse die Rede sein; hier spreche ich zunächst nur von der Anweisung überhaupt, und sodann von der reinen Creditanweisung. Dies ist ziemlich genau dasselbe Gebiet, welches heutzutage unter der modernen Bezeichnung Assignation begriffen wird. Diese wird zwar in der Regel ausschließlich als eine Zahlungsanweisung charakterisirt, aber nur vermöge einer mangelhaften Erkenntniß ihres Wesens. Insbesondere geht — um sogleich den wichtigsten Punkt hervorzuheben — das Anweisungsaccept über diese beschränkte Basis hinaus. Das Accept ist nichts Anderes, als ein auf die Anweisung folgendes Versprechen; es vertritt bei uns die Stelle der römischen Stipulation. Darum gehört es nicht der bloßen Zahlungs-, sondern der Creditanweisung an; eine acceptirte Anweisung repräsentirt im heutigen Recht, wenngleich nicht in allen ihren Wirkungen, doch vollständig in ihren Bedingungen und Voraussetzungen, die durch Stipulation vollzogene Delegation der Römer.

Ich habe schon in der Einleitung angedeutet, welche Umstände zu dieser Begriffs- und Namensverschiebung Veranlassung gegeben haben. Bis in das siebzehnte Jahrhundert hinein kannte auch die deutsche Rechtswissenschaft keinen anderen Ausdruck für die Anweisung als delegatio. Die deutsche Anweisung unterschied sich aber in einem wesentlichen Punkte von der römischen Delegation. Bei den Römern stand die reine Creditanweisung, sobald sie durch Stipulation vollzogen war, der Zahlung gleich; solvit, qui reum delegat. Derselbe Grundsatz hatte in Italien fortbestanden, auch nachdem die Stipulation durch den formlosen Consens ersetzt war. In diesem Punkte nun ist das römische Recht in Deutschland nicht recipirt worden. Hier galt vielmehr auch nach erfolgtem Accepte der Satz: Anweisung ist keine Zahlung. Dieser Gegensatz machte es unmöglich, die römische Delegationslehre bei uns ohne Weiteres zur Anwendung zu bringen. Der Wissenschaft jener Zeit aber blieb der ganze Unterschied beider Rechtssysteme verborgen; sie versuchte, das vorgefundene Institut gemischten Ursprungs auf ausschließlich römische Grundlagen zurückzuführen. Dies geschah mittelst einer doppelten Entstellung des römischen Rechts. Erstens wurde der Begriff der Delegation auf den die Passivsuccession darstellenden Novationsfall beschränkt. Zweitens wurde die Anweisung als ein von der Delegation verschiedenes Rechtsinstitut aufgefaßt und dafür der neue Name Assignation eingeführt. Beide Schritte müssen zurückgethan werden, um die richtige Grundlage der Doctrin wiederzugewinnen.

Die Assignation als ein technischer Rechtsbegriff ist jetzt über anderthalb Jahrhunderte alt; indessen ist die Theorie derselben bis auf den heutigen Tag eine höchst schwankende und ungenügende geblieben. In der Litteratur des vorigen Jahrhunderts ist kaum eine Definition anzutreffen, welche sich allgemeiner Anerkennung zu erfreuen gehabt hätte.

Die Wissenschaft jener Zeit hatte mit der Unterbrechung des historischen Zusammenhanges allen Halt verloren und tappte rathlos nach den verschiedensten Seiten umher, um neue Anknüpfungspunkte zu finden. Sehr charakteristisch für diesen Zustand ist die damals üblich gewordene Unterscheidung zwischen einer gemeinen und kaufmännischen Assignation. Der Begriff der letzteren hat nur insofern einige Bedeutung, als man darunter gewisse wechselähnliche Anweisungen versteht, denen hier und da durch besondere Gesetzgebung manche, dem formellen oder materiellen Recht angehörige Eigenschaften der Tratte beigelegt worden sind. Abgesehen von dergleichen Particularitäten, hat die ganze Unterscheidung keine Berechtigung. Sie wurde nur durch die Mangelhaftigkeit der Theorie hervorgerufen, welche die Erscheinungen des wirklichen Lebens nicht vollständig zu erklären vermochte. Der neugeschaffene Rahmen, in den man das Institut zu bannen suchte, wollte nicht passen; man verzichtete darauf, die widerspenstigen Elemente zu bewältigen und nannte sie mit naiver Resignation »kaufmännisch«. Gerade diese unfaßbare kaufmännische Assignation war aber das lebendige, aus der Verschmelzung römischer und deutscher Grundsätze hervorgegangene Rechtsinstitut. Eine davon verschiedene gemeine Assignation existirte nur in der Phantasie der Juristen. Je mehr man dahin strebte, das geltende Recht unter leitende Grundsätze zu bringen, desto mehr mußte man sich denn auch von der Unhaltbarkeit des Unterschiedes überzeugen, und neuere Schriftsteller haben ihn bereits als ganz werthlos fallen lassen.[1])

Die Lehre hat nun allerdings wenigstens ihren äußeren Umrissen nach eine festere Gestalt angenommen. Man ist heuzutage ziemlich einig darin, die Assignation als eine Combination von Zahlungs- und Eincassirungsmandat zu bestimmen. Der Assignant ertheilt dem Assignaten ein mandatum solvendi und gleichzeitig dem Assignatar ein mandatum accipiendi. Jenes wird als ein einfaches, dieses der Regel nach als ein mandatum in rem suam aufgefaßt. Aus diesen Voraussetzungen sucht man die allgemeinen Eigenschaften des Instituts und die einzelnen Rechtsregeln, so gut es gehen will, abzuleiten.[2])

Nach dem, was ich in der ersten Abtheilung meiner Untersuchung (namentlich §§. 9—13.) über diese Construction gesagt habe, halte ich es für überflüssig, meine Leser hier noch einmal mit einer eingehenden Kritik derselben zu behelligen. Dagegen mag hier an denjenigen Punkt wieder angeknüpft werden, welcher bei näherer Betrachtung die Stellung der Assignation in der heutigen Dogmatik bereits zu einer sehr precären macht, ich meine den Beginn einer veränderten Auffassung der Dele-

1) Vergl. namentlich Thöl Handelsrecht I. §. 127. im Eingange.

2) Ich verweise statt Aller auf die Darstellungen von Günther in Weiske's Rechtslexicon I. S. 327 und Thöl Handelsrecht I. §§. 121—127.

gation. In § 4. habe ich gezeigt, daß alle neueren Schriftsteller, welche auf den Begriff derselben genauer eingegangen sind, genöthigt waren, sich dabei von der Voraussetzung eines oder gar zweier Schuldverhältnisse loszusagen. Damit ist die bisherige Verbindung der Delegation mit der Novation aufgehoben. Dieser erste Schritt ist unter der zwingenden Gewalt der gewonnenen richtigeren Einsicht bereits gethan. Die Delegation wird nur noch als ein mandatum promittendi et stipulandi in irgend einer beliebigen Verwendung aufgefaßt. Sie ist dadurch zugleich ihrem natürlichen Zusammenhange mit der Anweisung zurückgegeben. Von der Assignation unterscheidet sie sich jetzt nur noch durch den Gegenstand des sogenannten Mandats. Die Delegation ist eine Creditanweisung, die Assignation eine Zahlungsanweisung; beide sind parallele Glieder einer höheren Einheit geworden. Auch dieser neue Gesichtspunkt ist dem allgemeinen Bewußtsein schon sehr nahe gerückt. Dem gegenüber ist es höchst unnatürlich, wenn die heutige Theorie Delegation und Assignation noch als zwei selbstständige, auf ganz verschiedenen Grundlagen beruhende Rechtsinstitute behandelt. Dieser Zustand, wonach ihre gemeinsamen Beziehungen ganz im Dunkeln bleiben, ist völlig unhaltbar geworden. Vielmehr erfordert die einfache logische Consequenz, auf den beiden übergeordneten Begriff zurückzugehen und diesen zur Grundlage der ganzen Darstellung zu machen. Wenn es sich nun zeigt, daß diese höhere Einheit, die Anweisung im Allgemeinen, eben nichts weiter ist, als die römische delegatio in ihrem weiteren Verstande, so bildet der moderne Begriff der assignatio das einzige Hinderniß, welches der Herstellung eines harmonischen Ganzen noch im Wege steht. Die Theorie hat sich dieses Hinderniß seit dem vorigen Jahrhundert künstlich geschaffen. Es bedarf jetzt offenbar nur noch eines geringen Entschlusses zu dem letzten entscheidenden Schritt der Umkehr. Die Assignation muß als verfehltes Erzeugniß einer unwissenschaftlichen Zeit gänzlich verworfen, und die Delegation in die ihr verkümmerte Stellung als Grundlage der heutigen Anweisung vollständig wieder eingesetzt werden.

Ich halte es nicht für zu gewagt, mit der Beseitigung des Begriffes auch die Verbannung des Wortes Assignation aus der Sprache der Wissenschaft zu fordern. Zwar ist der Ausdruck jetzt in allen unsern Compendien eingebürgert, und zum Theil auch von der Gesetzgebung adoptirt. Dennoch wurzelt er so wenig in dem Ganzen des Systems, daß er ohne Schwierigkeit wird entbehrt werden können. Gegen ihn fallen aber weit überwiegende Gründe in die Wagschale — in erster Linie natürlich der Umstand, daß er der römischen Rechtssprache gänzlich unbekannt ist. Wenn die Anweisung auch ein Institut gemischten Ursprungs ist, so ist doch das römische Recht die Basis des Ganzen geblieben, an welche sich die weitere Entwickelung in voller Continuität an-

geſchloſſen hat. Darum kann die römiſche Terminologie nicht ungeſtraft verlaſſen werden. — Von nicht geringerer Bedeutung iſt ſodann das Verhältniß zu den außerdeutſchen Rechten, welche auf verwandten Grundlagen ruhen. Der Ausdruck Aſſignation iſt, wie ich ſchon S. 14 geſagt habe, außer bei uns, nur in Holland herrſchend geworden. Allen romaniſchen Nationen, bei denen man ihn am erſten ſuchen ſollte, iſt er in unſerem techniſchen Sinne ebenfalls fremd geblieben. Die vergleichende Methode der Jurisprudenz kann aber in dieſer Materie um ſo mehr Rückſicht beanſpruchen, als die Anweiſung und der ihr verwandte Wechſel gerade dem internationalen Verkehr mehr als andere Rechtsinſtitute dienen.[3]) — Endlich iſt hervorzuheben, daß auch der Sprachgebrauch des

3) Ich kann mir nicht verſagen, hier von den fremden Rechten wenigſtens eins der intereſſanteſten beiſpielsweiſe zu erwähnen, nämlich die ſchon von Thöl (Handelsrecht I. §. 128. Note 1) in Vergleichung gezogenen Beſtimmungen des Codigo commercial Portuguez über die Delegation. Durch die Zuſammenſtellung derſelben mit der Novation könnte man ſich verleiten laſſen, hier die Delegation im Sinne unſerer heutigen Terminologie zu ſuchen. Von dieſer Annahme ſcheint auch Thöl ausgegangen zu ſein; gleichwohl iſt dieſelbe nicht richtig. Das portugieſiſche Geſetz ſteht vielmehr ſeines neuen Datums (18. Sept. 1833) ungeachtet im Princip noch ganz auf dem Standpunkte der alten Italiener, wie ich denſelben in §. 2. dargeſtellt habe. Demgemäß iſt die Delegation hier nichts Anderes, als die reine Creditanweiſung, welche noch ihre frühere unbedingt tilgende Wirkung beibehalten hat. Der traditionelle Zuſammenhang mit jener älteren Theorie iſt in allen Einzelbeſtimmungen noch vollſtändig erkennbar.

Art. 890. Quando o devedor delegado *promette solemnemente, como devedor e por ordem do devedor primario,* pagar ou compensar ao credor mandatario, e este acceita a promessa, a novação e delegação fica perfeita, extincta a obrigação do primeiro devedor.

Dies iſt eine genaue Ueberſetzung jener rein formellen Vorausſetzungen der Delegation, welche ich S. 7. 8. ad 1. und 2. zuſammengeſtellt habe; dieſe genügen, abgeſehen von jedem animus novandi, um den Deleganten zu befreien. Die dort ad 3. hinzugefügte beſchränkende Bedingung — daß der Delegat Schuldner des Deleganten ſein mußte — iſt hier ausdrücklich ausgeſchloſſen:

Art. 887. O devedor delegado póde não ser devedor do primeiro devedor, e todavia a promessa de pagar por elle desonera o primeiro devedor.

Dagegen iſt das Princip nun durch eine Reihe von Ausnahmen durchlöchert, welche es im praktiſchen Erfolge faſt illuſoriſch machen, nämlich:

Art. 893. Não tem logar a delegação: — 1º. quando o delegante meramente indica e louva o delegado como bom e pontual negociante: — 2º. quando, feita a promessa de pagar, o delegado foge: — 3º. quando o crédor receber a delegação por conta e risco do delegante: — 4º. quando a promessa do pagamento se faz para certo dia, ou debaixo de certa condição, porque antes do dia e da realisação da condição o mandante não é desobrigado: — 5º. quando o devedor delegado não acceita a delegação: — 6º. o devedor não se desobriga, quando a delegação recae 'num commerciante insolvente, ou proximo a fallir.

Ein großer Theil dieſer Ausnahmsfälle ſtammt ebenfalls ſchon aus der Liſte der alten

gewöhnlichen Lebens und insbesondere des Handelsstandes den neuen Kunstausdruck verschmäht und sich mit dem einheimischen Worte Anweisung begnügt hat. Demgemäß hat z. B. auch in dem Allg. Deutschen Handelsgesetzbuch (Art. 300.) das Fremdwort sich bereits in eine Parenthese flüchten müssen.

Leider liefert die deutsche Terminologie keine feststehenden Bezeichnungen für die drei bei der Anweisung betheiligten Personen. Ich werde deshalb, wie schon in der ersten Abtheilung, so auch hier, die römischen Ausdrücke Delegant, Delegat und Delegatar beibehalten, ohne dieselben auf den Fall der Creditanweisung zu beschränken. Bei der veränderten Grundanschauung, der ich folge, darf ich kaum befürchten, dadurch zu Mißverständnissen Anlaß zu geben.

§. 74. Allgemeine Theorie der Anweisung.

Wir bleiben zunächst bei der Anweisung in ihrer allgemeinsten Gestalt stehen, ohne den Gegenstand derselben näher zu bestimmen. Unsere jetzigen Betrachtungen gehen also auf die allgemeinen Lehren zurück, die ich im ersten Kapitel meiner der römischen Delegation gewidmeten Darstellung abgehandelt habe. Hier befinden wir uns in der Hauptsache noch jetzt auf dem Boden des reinen römischen Rechts; die dort entwickelten Grundsätze können im Großen und Ganzen unverändert in die Gegenwart übertragen werden. Der entscheidende Gegensatz zwischen römischem und heutigem Recht kommt erst auf dem besonderen Gebiete der Creditanweisung zur Geltung. So weit sich auch die neuere Theorie schon in Bezug auf den Gesammtbegriff von der römischen entfernt hat, so wurzeln doch die Abweichungen hier nur im Dogma, nicht im Recht; es sind Irrthümer, welche, sobald sie einmal als solche erkannt sind, wieder beseitigt werden müssen.

Zu diesen Irrthümern gehört vor Allem die Identificirung der Anweisung mit dem Mandat, durch welche dieselbe dem allgemeinen Zusammenhange, in welchen sie eigentlich hineingehört, vollständig entrückt, und zur Unterart eines ganz speciell charakterisirten Rechtsgeschäfts herabgedrückt worden ist. *Die einzige Stelle im System, an welcher das Institut der Anweisung in richtigem Lichte dargestellt werden kann, ist die Lehre von den Realverträgen in ihrer allgemeinsten Gestalt, und die sich daran anschließende Theorie der Condictionen.*

Der Gesichtspunkt, unter welchen sie hier gebracht werden muß, ist

Casuistiker. Im Endresultat hat man sich damit unserem deutschen Grundsatze: Anweisung ist keine Zahlung, schon sehr angenähert. Ein anderes Aequivalent für unsere Anweisung, als eben die Delegation, ist aber auch offenbar dem portugiesischen Recht ganz unbekannt.

vollkommen analog demjenigen, welchen Thöl seiner Darstellung zu Grunde gelegt hat, indem er, wie bereits S. 22 bemerkt, Assignation, Delegation und eine Reihe von verwandten Rechtsgeschäften unter die Rubrik der »indirecten Zahlung« stellt. Nur ist seine Auffassung in mehrfacher Beziehung nicht erschöpfend. Zunächst ist Zahlung eben nicht der einzig mögliche Gegenstand der Anweisung; es sollte an jede andere Art von Leistung, durch promissio, liberatio u. s. w. mit gedacht, und daher allgemeiner von einer indirecten Vermögenszuwendung oder Bereicherung gesprochen werden. Sodann aber ist der Begriff Zahlung nicht auf die Befriedigung eines Gläubigers durch seinen Schuldner zu beschränken; in dem Sinne, wie er hierher gehört, bedeutet er weder bloß die Zahlung tilgungshalber (solutio), noch die Zahlung creditshalber (numeratio), sondern umfaßt beide Modalitäten mit allen übrigen Möglichkeiten zusammen. Es ist ganz allgemein die abstracte datio, die bloße Eigenthumsübertragung zu irgend einem beliebigen Zweck gemeint. An dieses erste und Hauptbeispiel eines reinen, einseitigen Bereicherungsactes mag auch hier der weitere Gedankengang zunächst angeknüpft werden.

Der einfache Erwerb des einen Theiles auf Kosten des andern bildet an sich kein vollständiges Rechtsgeschäft, kein negotium. Er ist nur ein vermöge juristischer Abstraction aus einem solchen losgelöstes Element. Z. B. ich zahle Dir hundert — als Darlehn; hier consentiren wir nicht nur in dem Eigenthumsübergang des gezahlten Geldes, sondern auch über die demnächstige Rückerstattung. Das datum, die res, und das mutuum, die causa, bilden erst in ihrer Vereinigung den Gesammtinhalt des Vertrages. Für den nächsten Erfolg, die Bereicherung des Empfängers, genügt das datum allein, der Consens de dominio transferendo. Aber diese Unabhängigkeit von der causa erstreckt sich nicht auf den dauernden Bestand der Bereicherung. Es entsteht gleichzeitig ein obligatorischer Anspruch auf Rückgewähr; ich kann das übertragene Eigenthum condiciren, in unserem Beispiel ex mutuo, ein anderesmal ob causam non secutam, ex indebito u. s. w. Diese weiteren Rechtsfolgen entspringen nicht aus dem realen, sondern aus dem causalen Bestandtheil des Vertrages.

> Non satis est, dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur.

So ist das Verhältniß bei der directen Zahlung; vergegenwärtigen wir uns nun die Modificationen, welche es durch die Dazwischenkunft einer dritten Person erleiden kann. Hier sind Fälle verschiedener Art denkbar. Zuerst: A. händigt dem B. das Geld ein, um es dem C., mit welchem er das Darlehn contrahirt, zu überbringen. Hier ist B. nur das Organ für die directe Zahlung des A. an C.; er ist nur Bote,

und könnte ebensogut durch einen willenlosen Brief ersetzt werden. Sowohl das datum, wie das mutuum, wird über ihn hinweg, unmittelbar zwischen den Hauptpartheien contrahirt. Sodann: A. hat bei B. eine ihm eigenthümlich gehörige Summe Geldes in einem verschlossenen Beutel liegen, und weist ihn an, davon dem C. die Darlehnsvaluta zu zahlen. Auch dieser Fall unterscheidet sich noch nicht wesentlich von dem vorigen. Das Eigenthum des Geldes geht aus dem Vermögen des A. in das des C. direct über; für den B. bleibt es eine fremde Sache. Er handelt für die res nur als Repräsentant des A., die causa berührt ihn gar nicht. — Anders aber gestaltet sich die Sache, wenn B. kein Eigenthum des A. zu seiner Disposition hat, sondern auf dessen Anweisung aus eigenem Vermögen an C. zahlt. Auch hier ist B. bei dem mutuum nicht mit betheiligt, wohl aber ist er für das datum selbst Contrahent geworden. Res und causa sind also jetzt nicht nur durch ihren Inhalt, sondern auch durch die handelnden Personen von einander geschieden. Die veränderte Stellung der Mittelsperson, welche dies ermöglicht, hat aber gleichzeitig noch eine andere Folge. Die eigene Zahlung des B. bringt nun auch rückwärts eine Bereicherung des A. zu Stande. Es wird so angesehen, als wenn B. an A., und dieser wiederum an C. gezahlt hätte. Von dieser zweiten Vermögenszuwendung gilt ganz dasselbe, wie von jener ersten. Sie ist an sich ein reines Abstractum, und kann von jeder beliebigen causa getragen werden. B. kann auch seinerseits Gläubiger des A. werden, er kann ihm eine Schuld bezahlen, ihm schenken wollen u. s. w. Dieser Fall, in welchem also die einfache Zahlung zu einer doppelten causa in Beziehung tritt, ist nun der der Anweisung; jene ursprüngliche, dem Verhältnisse von A. zu C. angehörige causa ist der Valutavertrag; diese neue, dem Verhältnisse von B. zu A. entnommene, ist der Deckungsvertrag.

Wenn wir jetzt von dem Beispiel der Zahlung zu der allgemeineren Voraussetzung irgend einer Leistung zurückkehren, so haben wir den Begriff der delegatio in derjenigen allgemeinen Gestalt vor uns, wie ich ihn früher aus den Quellen abgeleitet habe.

Anweisung *(delegatio)* ist also als eine Combination von zwei Realverträgen aufzufassen, welche durch die gleichzeitige Betheiligung des Deleganten dergestalt mit einander in Beziehung gesetzt sind, daß sie durch eine einzige Leistung vollzogen werden. Einmal contrahirt der Delegant mit dem Delegatar, einmal mit dem Delegaten. Dort ist er Geber, hier Empfänger, beides aber nicht reell, sondern nur ideell, vermöge einer Fiction. Die effective Leistung findet nur einmal von dem Delegaten an den Delegatar unmittelbar, mit Uebergehung des Deleganten statt. Sie hat aber ihre Bedeutung nur als Ausgleichung der von beiden Seiten mit diesem

angeknüpften Beziehungen; sie ist nur das Facit eines Rechenexempels, dessen Ansätze aus der Person des Dritten entspringen. Für die materiellen Rechtsfolgen wird sie in ihre beiden Componenten aufgelöst; sie wird in doppelter Richtung auf das Vermögen des Deleganten zurückbezogen, nach Maßgabe der beiden Hauptgrundsätze:

Qui mandat solvi, ipse videtur solvere.

und Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset.

Die erste dieser Fictionen geschieht zu Gunsten des Deleganten; er wird als Geber angesehen, wiewohl nicht er, sondern der Delegat gegeben hat; er erntet die Frucht der fremden Leistung, sei es durch Befreiung von einer Schuld, durch Erwerb einer Forderung oder in welcher Gestalt sonst. Dazu bedarf es nicht einmal immer seines Willens; es genügt, daß der Delegat alieno nomine geleistet, der Delegatar die Leistung als solche angenommen hat. Diese Seite ist der Anweisung mit den auf einem bloßen Repräsentationsverhältniß beruhenden Fällen der indirecten Zahlung gemeinsam.[1]) Anders verhält es sich mit der zweiten Fiction; diese wirkt zu Ungunsten des Deleganten; er soll als Empfänger gelten, wiewohl nicht er, sondern der Delegatar empfangen hat; er soll sich die fremde Bereicherung anrechnen lassen, wiederum in den verschiedensten Modalitäten, auf eine frühere Forderung, als Object künftiger Erstattung u. s. w. Dieser Erfolg setzt den zustimmenden Willen des Deleganten voraus, welcher durch seinen jussus kundgegeben wird. Der jussus ist die Willenserklärung, auf Grund deren die belastende Wirkung der fremden Leistung auf sein Vermögen zurückbezogen wird: zahle für meine Rechnung, ich will dafür haften. Dieser *jussus* ist das eigentlich charakteristische Element der Anweisung; er ist die Handhabe, welche die Maschinerie des ideellen Hin- und Herzahlens in Function setzt. Ueber seine innere Natur und sein Verhältniß zum Mandat habe ich mich früher ausführlich ausgesprochen und brauche hier nur darauf Bezug zu nehmen.

Zu den materiellen Rechtsfolgen verhält sich nun aber die doppelte indirecte Zahlung geradeso wie die directe. Die Anweisung an sich bringt in beiden Richtungen nur den abstracten Erfolg der Bereicherung zu Stande, wie das einfache datum. Sie repräsentirt nur den realen Bestandtheil der beiden zu Grunde liegenden Verträge; der causale liegt einerseits in dem Valuta-, andrerseits in dem Deckungsgeschäft. Beide stehen außerhalb der Anweisung als solcher. Diese ist weiter nichts als das allgemeine Schema für das Verhältniß der drei Betheiligten; sie ist

1) Der Empfänger, C. in unseren früheren Beispielen, braucht gar nicht zu wissen, ob B. mit eigenem oder mit fremdem Gelde zahlt. Für ihn sind daher die verschiedenen Fälle häufig gar nicht einmal unterscheidbar.

nur die mathematiſche Formel für den Hin- und Hergang eines Vermögenswerthes zwiſchen ihnen. Welche Bedeutung derſelbe dabei ſchließlich gewinnen ſoll, muß aus dem Reſiduum der Partheiverabredungen beurtheilt werden. Nur die Perſonen, für welche das Endreſultat eintritt, werden durch die Anweiſung beſtimmt, nicht der Inhalt deſſelben.

Dieſe allgemeine Charakteriſtik liefert den Rahmen, in welchem das Anweiſungsgeſchäft in ſeinen verſchiedenſten Geſtalten Platz findet. Im Einzelnen beſtimmt ſich ſeine Natur zunächſt durch die beſondere Beſchaffenheit der Leiſtung, welche den Gegenſtand der Anweiſung bildet. Die beiden Hauptfälle ſind die Zahlungsanweiſung und die Creditanweiſung (delegatio im engeren Sinne), jene auf ein datum, dieſe auf ein promissum gerichtet. Indeſſen iſt damit nicht der ganze Umfang der Möglichkeiten erſchöpft; es können auch andere einfache Bereicherungsacte, z. B. Liberation, Ceſſion einer Forderung u. ſ. w., in den Kreis eintreten. Alle dieſe Fälle haben den Hauptgrundſatz mit einander gemein, daß der Erfolg der Anweiſung an ſich durch die Beſonderheit der Valuta- und Deckungsberedungen nicht berührt wird. In beiden Richtungen iſt daher die Anweiſung der verſchiedenſten Verwendungen fähig, wie ich dies früher durch zahlreiche Beiſpiele aus den Quellen erläutert habe. In ſeiner Reinheit kommt das Geſchäft nur dann zur Erſcheinung, wenn die angewieſene Leiſtung ein von Valuta und Deckung vollſtändig losgelöſtes Abſtractum bildet. Am Schluſſe meiner früheren Darſtellung (§. 14. Vergl. auch §. 22.) habe ich bereits angedeutet, daß es ſich in der mannichfachſten Art modificiren kann, wenn dieſelbe durch Aufnahme concreter Elemente aus dem Valuta- oder Deckungsgeſchäft ſpecialiſirt wird.

Die beſonderen Eigenſchaften des Inſtituts und die einzelnen Rechtsſätze können aus dem entworfenen Geſammtbilde mit Leichtigkeit abgeleitet werden. Ich brauche mich für das Detail derſelben hier nur auf eine curſoriſche Recapitulation des früher Geſagten zu beſchränken.

So lange nicht in Folge des jussus gehandelt iſt, bleibt das ganze Geſchäft unvollendet. Es treten ebenſowenig materielle Rechtsfolgen ein, wie wenn eine directe Zahlung angekündigt oder gefordert, aber nicht geleiſtet worden wäre. Das frühere Verhältniß der Partheien bleibt unverändert. Daher entſpringt vor Allem aus einer nicht vollzogenen Anweiſung an ſich keine Regreßklage. Wo eine ſolche vorkommt, iſt es vielmehr nur die fortbeſtehende Klage aus einem älteren Schuldgrunde irgend einer Art. Dies iſt ein jetzt allgemein anerkannter Rechtsſatz,[2])

2) Vorübergehend hat auch hier die mißverſtandene Analogie des Wechſelrechts zu Irrthümern geführt, welche z. B. noch v. Langenn (Ueber die Regreßnahme bei nicht bezahlten Aſſignationen. In ſeinen und Kori's Erörterungen Bd. I. S. 75 folg. 1829.) bekämpft. Auch iſt dies ein Punkt, in welchem particularrechtlich häufig die ſogenannten kaufmänniſchen Anweiſungen dem Wechſel wirklich gleichgeſtellt worden ſind.

der nur in der herrschenden Theorie nicht in seinem natürlichen Lichte erscheint.

Ob die Anweisung zur Vollziehung kommt oder nicht, ist bei allen Betheiligten Sache des freien Entschlusses. Weder braucht der Delegat die angewiesene Leistung zu übernehmen, noch der Delegatar sie sich gefallen zu lassen. Eine Verpflichtung dazu kann für Beide nur durch vorgängige obligatorische Abreden begründet werden — pacta de contrahendo, welche von dem Hauptgeschäft völlig getrennt bleiben, weil dieses die Natur einer res hat. Nur unter solchen besonderen Voraussetzungen kann daher auch in beiden Richtungen von einer culpa und der daraus entspringenden Verantwortlichkeit gesprochen werden. Dagegen habe ich schon angedeutet (S. 68, 75), daß auch die bloße Anweisung unter Umständen die Folgen einer mora solvendi oder accipiendi nach sich ziehen kann, wenn damit die Bedingungen der Interpellation oder Oblation concurriren.[3])

So lange nicht in Folge des jussus gehandelt ist, bleibt derselbe ferner widerruflich. Leistet der Delegat des Widerrufs ungeachtet, so thut er es nicht mehr auf fremde Rechnung, sondern auf eigene. Die Rückwirkung auf das Vermögen des Deleganten bleibt ausgeschlossen. Dem Widerruf stand nach römischem Recht der Tod des jubens gleich. Dies ist der einzige Punkt in den allgemeinen Eigenschaften des Instituts, für welchen wohl schon eine Modification durch die neuere Entwickelung anerkannt werden muß. Die Frage steht mit dem principiellen Gegensatz des römischen und deutschen Rechts in Bezug auf die Repräsentation des Verstorbenen durch den Erben in Zusammenhang; ihre erschöpfende Untersuchung muß ich mir hier versagen.

Ist endlich die Anweisung durch Leistung des Delegaten vollzogen, so tritt nun die doppelte Fiction des Gebens und Empfangens in der Person des Deleganten in Wirksamkeit. Es ist eine doppelte res zu Stande gekommen, mit ihren weiteren Folgen in der Richtung der Valuta und der Deckung. Diese Folgen können liberatorisch, obligatorisch oder von irgend einer sonstigen Beschaffenheit sein. Sie werden ihrem Inhalte nach durch die Anweisung allein gar nicht, sondern nur durch die zu Grunde liegenden Causalverträge bestimmt. Auf diese müssen die Partheien zurückgehen, wenn sie diese materiellen Rechtsfolgen geltend

3) Aus diesem Gesichtspunkte allein ist auch die Frage zu beantworten, ob der Delegatar vor der sogenannten Regreßklage zu einer Zahlungsaufforderung an den Delegaten verpflichtet ist. (Vergl. Hagemann praktische Erörterungen Bd. VII. S. 95.) Hat er nach der Natur des zu Grunde liegenden Schuldverhältnisses nur die Erfüllung abzuwarten, so braucht er sich auch um den Delegaten nicht zu kümmern. Muß er sie von dem Schuldner holen, so hat er sich auch bei diesem nach seiner Bereitwilligkeit und Zahlungsfähigkeit zu erkundigen.

machen wollen. Die aus einer vollzogenen Anweisung entspringenden Klagen folgen also ganz, wie bei der directen Zahlung, den Gesetzen der Condictionen. Je nach der Besonderheit des Falles nehmen sie die Gestalt einer condictio ob causam datorum, indebiti u. s. w. an, oder gehen auch in eine benannte Contractsklage verwandter Art über. Dies gilt sowohl von der Bereicherungsklage des Deleganten gegen den Delegatar, als von der Erstattungsklage des Delegaten gegen den Deleganten. Das letztere ist derjenige Punkt, in welchem die Verwechselung von jussus und Mandat einen besonders irreführenden Einfluß auf Theorie und Praxis ausgeübt hat. Die herrschende Ansicht gestattet in der That aus dem Gesichtspunkte der actio mandati contraria eine Revalirungsklage aus der Anweisung allein, sobald dieselbe bezahlt oder acceptirt ist. Diese Ansicht muß vollständig aufgegeben werden; der Delegat kann sich in einem solchen Falle nur auf den besonderen Inhalt des Deckungsvertrages stützen, diesen muß er zur Begründung seiner Klage vollständig offen legen und nöthigenfalls beweisen. Ich habe die Frage in §. 11. im Zusammenhange erörtert, und kann darauf hier einfach Bezug nehmen.[4])

§. 75. Die Creditanweisung im Besonderen. Das Anweisungsaccept.

Von der allgemeinen Gestalt der Anweisung, welche uns im vorigen Paragraphen beschäftigt hat, gehe ich nunmehr zu dem besonderen Falle der Creditanweisung über, d. h. demjenigen, wo die Leistung des Delegaten, welche den Gegenstand der Anweisung bildet, in der Constituirung eines Forderungsrechtes besteht. Der Delegat zahlt nicht baar an den Delegatar, sondern er verpflichtet sich demselben; er macht sich zum Schuldner, den Delegatar zum Gläubiger; zwischen beiden wird durch besonderen Vertrag eine Obligation begründet. Indem dies auf Anweisung (jussu) des Deleganten geschieht, wird der durch die Obligation repräsentirte Vermögenswerth, der neugeschaffene Credit, den allgemeinen Grundsätzen gemäß, als eine doppelte Bereicherung, einmal des Dele-

4) Die analoge Frage für den gezogenen Wechsel, ob der Acceptant den Traſſanten als solchen oder nur aus dem zu Grunde liegenden materiellen Rechtsgeschäft auf Deckung belangen könne, ist jetzt nicht mehr unbedingt aus demselben Gesichtspunkte zu beantworten, nachdem die Tratte den Charakter der Anweisung im Allgemeinen verloren hat (S. S. 464). Mit Rücksicht darauf hat z. B. das O. Tr. zu Berlin seine frühere Ansicht hierüber (Plenarbeschluß vom 21. Mai 1846. Entsch. Bd. 13. S. 75) seit Emanation der A. D. W. O. verlassen (Erkenntniß vom 2. Juni 1853. Bd. 26. S. 70). Dagegen ist das O. A. G. zu Lübeck auch für die Tratte noch jetzt bei der unrichtigen Grundlage des Mandats stehen geblieben. Vergl. den anonymen Aufsatz im Neuen Archiv für Handelsrecht Bd. III. S. 437 (1862), in welchem diese Ansicht bereits mit zutreffenden Gründen widerlegt ist.

gatars auf Koſten des Deleganten, einmal des Deleganten auf Koſten des Delegaten in Betracht gezogen. In beiden Richtungen bleibt die materielle Function dieſer Bereicherung dort von dem Valuta-, hier von dem Deckungsvertrage abhängig. — Der Inhalt der neubegründeten Obligation kann an und für ſich von der verſchiedenſten Beſchaffenheit ſein. Jedoch iſt auch hier wieder eine reine Creditanweiſung nur dann vorhanden, wenn derſelbe von allen ſpecialiſirenden Einflüſſen der Valuta- und Deckungsverhältniſſe frei bleibt, wenn er ein bloßes Abſtractum bildet. In der Regel wird dies nur dann der Fall ſein, wenn die Verpflichtung des Delegaten in dem Geben von baarem Gelde beſteht. In dieſem bei weitem wichtigſten Falle kann dieſelbe denn auch mit dem Thölſchen Ausdrucke eines einfachen Summenverſprechens bezeichnet werden. Auf den Fall der reinen, regelmäßig alſo auf eine Geldſumme gerichteten Creditanweiſung wird unſere Betrachtung ſich zunächſt beſchränken.

Wir nennen heutzutage denjenigen Obligationsact, durch welchen der Delegat gegen den Delegatar eine ſelbſtſtändige Verpflichtung übernimmt, das Accept der Anweiſung. Zunächſt wird bei dieſer Bezeichnung allerdings an die beſtimmte Form einer ſchriftlichen Annahmeerklärung gedacht, welche aus der italieniſchen Wechſeltechnik ſtammt. Die neue Grundanſchauung des Wechſelgeſchäfts, welche aus ſeiner Umwandelung in eine kaufmänniſche Creditoperation entſprang, hat auch der in dem Wechſelbrief enthaltenen Zahlungsanweiſung eine veränderte Bedeutung gegeben. Man muß die Augen vor der Wirklichkeit verſchließen, um dem Formular: Zahlen Sie an N. N. Hundert, noch jetzt ſeinen buchſtäblichen Sinn unterzulegen. Die Abſicht geht längſt auf nichts Anderes mehr, als auf eine Creditanweiſung:[1]) Der Wechſel ſoll acceptirt werden. Die ſpätere Zahlung iſt Einlöſung des Acceptes, d. h. Erfüllung der eigenen Verbindlichkeit des Acceptanten. Es war in Italien ſchon ſehr früh Gewohnheit, die dieſer Intention entſprechende promissio des Traſſaten durch ſeine auf den Wechſelbrief geſetzte Erklärung: Angenommen, auszudrücken. Dem urſprünglichen Sinne nach bezog ſich dieſes Wort nicht ſowohl, wie man jetzt zu interpretiren pflegt, auf den Zahlungsauftrag, als auf den Wechſelbrief ſelbſt. Wer den Brief annahm — das hing mit der canoniſtiſchen Theorie der epistola zuſammen —, gegen den wurde er beweiſend, d. h. verpflichtend; chi accetta, paghi. Weil aber der Präſentant die Urkunde als Beweisdocument zurück haben wollte, darum forderte er ſchriftliche Beſcheinigung der geſchehenen Annahme. Dieſe Form iſt dann im Wechſelverkehr allein-

1) Nicht eine Doppelanweiſung ut promittat *et* solvat, wie Unger (Inhaberpapiere S. 79 folg.) annimmt. Höchſtens könnte von einer concurrirenden eventuellen Zahlungsanweiſung, ut promittat *vel* solvat geſprochen werden.

herrschend geworden. Mit dem ganzen Formular der Tratte ist sie in gleicher Bedeutung auch auf bloße Anweisungen übergegangen. Das Wechselaccept war früher nur ein besonderer Fall des allgemeinen Anweisungsacceptes; der Unterschied beschränkte sich auf die eigenthümlichen processualischen Folgen des Wechsels. Hierin ist erst seit der Einführung einer Wechselklage des Trassanten gegen den Acceptanten eine Aenderung eingetreten; wie diese Neuerung die Tratte überhaupt von der Grundlage der Anweisung entfernte, so hat sie auch dem Wechselaccept eine andere Stellung gegeben. Wir haben in §. 72. gesehen, daß dasselbe jetzt, ähnlich der Stipulation oder dem römischen Litteralcontract, eine reine Scripturobligation erzeugt. Diese letzte Bedeutung der Form ist der Anweisung fremd geblieben. Die Wirkung des Geschäfts ist aber auch bei der Anweisung niemals an jene dem Wechsel abgeborgte schriftliche Form des Accepts ausschließlich gebunden gewesen. Es genügt jede mündliche Erklärung in demselben Sinne. Ich werde daher den Ausdruck Anweisungsaccept im Folgenden ganz allgemein für jeden auch formlosen Verpflichtungsact des Delegaten gegenüber dem Delegatar gebrauchen. Dabei setze ich für jetzt voraus, daß die Anweisung von Hause aus auf eine promissio des Delegaten entweder ausdrücklich gerichtet, oder wenigstens nach Art der Tratte in diesem Sinne gemeint sei, so daß das Accept den Vollzugsact einer wirklichen Creditanweisung bildet.

Die Wirksamkeit dieses Anweisungsacceptes ist nun der bisherigen Theorie ein vollständiges Räthsel geblieben. Die meisten Schriftsteller, welche sich mit der Anweisung beschäftigen, pflegen entweder seine Existenz vollständig zu ignoriren oder sich durch eine flüchtige Bemerkung damit abzufinden, so z. B. von den Romanisten:

Göschen Vorlesungen III. §. 535.,
Puchta Pandekten §. 326. 3.,
Seuffert Praktisches Pandektenrecht §. 341. bes. Note 7.,
Arndts Pandekten §. 295. 3.,

ähnlich auch:

Mittermaier Privatrecht §. 507. bei Note 8.
und Günther in Weiske's Rechtslexicon s. v. Anweisung Bd. I. S. 330.

Am meisten Beifall hat neuerdings die von Thöl, wie immer, mit bestechender Präcision und Schärfe ausgesprochene Ansicht gefunden, wonach das Anweisungsaccept lediglich als ein durch besonderes Gewohnheitsrecht mit verbindender Kraft ausgestattetes Summenversprechen exceptioneller Art, ähnlich den verschiedenen Formen des Wechselvertrages aufgefaßt wird. Dieser Anschauung hat sich u. A. auch

Gerber Deutsches Privatrecht §. 158. am Ende

angeschlossen. Danach würde also das Accept gewissermaßen ein dem gemeinrechtlichen Institut der Anweisung künstlich aufgepfropftes exotisches Gewächs bilden, welches mit seiner Grundlage in gar keinem organischen Zusammenhange stände. Damit wird das Räthsel offenbar nicht gelöst, sondern vielmehr auf die Lösung verzichtet. Da es an einem leitenden Grundgedanken fehlt, bleiben denn natürlich auch die mannigfachsten Zweifel über den Umfang des prätendirten exceptionellen Gewohnheitsrechts bestehen. Soll dasselbe auf Geldanweisungen oder gar auf Anweisungen in Wechselform beschränkt werden? Das Letztere scheinen z. B.

Cropp in Heises und seinen Abhandlungen Bd. II. S. 354 folg.

und

Unger Inhaberpapiere S. 83 Note 25.

anzunehmen. Andrerseits hat sich

Schlesinger Formalcontracte S. 168 Note 9.

durch die Analogie des Wechsels bestimmen lassen, dem Accept einer Anweisung sogar ihrem Aussteller gegenüber formelle Verpflichtungskraft zuzuschreiben.

Ich betrachte es als einen Hauptgewinn aus meiner Auffassung der Anweisung, daß das Accept jetzt die Stelle eines natürlichen, mit dem Ganzen in nothwendigem Zusammenhange stehenden Gliedes einnimmt. Das Anweisungsaccept ist — wie ich schon S. 468 angedeutet habe — nichts Anderes, als die ihrer tilgenden Wirkung entkleidete Delegationsstipulation der Römer. Erinnern wir uns der bereits S. 101 aufgestellten Voraussetzungen für die römische Delegationsstipulation in ihrer reinen auf certa pecunia gerichteten Gestalt:

> A. weist den B. an (jubet), für seine Rechnung dem C. Hundert zu promittiren. Gleichzeitig eröffnet er dem C. die Möglichkeit, sich durch Stipulation von B. ein Forderungsrecht von Hundert zu verschaffen. Das sind die allgemeinen Grundlagen für die nebenhergehenden Deckungs- und Valutageschäfte. Nun wird zwischen B. und C. die Stipulation vollzogen. C. stipulirt: centum dari spondes? B. promittirt: spondeo.

Wenn wir hier statt der römischen Form überall das heutige formlose Versprechen substituiren, so kommen wir genau auf den Fall des heutigen Anweisungsaccepts. Für das römische Urbild desselben habe ich nun früher zwei Haupteigenschaften nachgewiesen. Die erste betrifft die Rückwirkung auf die materiellen Grundlagen der Anweisung, Deckung und Valuta; hier, also im Verhältniß zum Deleganten, wurde die aus der Delegationsstipulation resultirende Obligation wie baares Geld veranschlagt. Dies ist, was ich eben der Kürze halber mit Rücksicht auf den gewöhnlichsten Fall der delegatio solvendi causa die tilgende

Wirkung der Delegationsstipulation genannt habe. Diese Eigenschaft ist im heutigen Recht verloren gegangen, sie ist nicht recipirt. Die zweite Haupteigenschaft dagegen betrifft die Wirkung der Delegationsstipulation zwischen den contrahirenden Partheien selbst, die Natur der neubegründeten Obligation. In dieser Beziehung galt der Satz, daß dieselbe aus den materiellen Unterlagen des Geschäfts nicht aufechtbar war. Diese zweite Eigenschaft ist auf das heutige Anweisungsaccept übergegangen; dem Delegatar können noch jetzt keine Einreden aus der Person des Deleganten entgegengesetzt werden. Auf dieser Unabhängigkeit der neuen Obligation von dem Inhalt der unterliegenden Causalverträge beruht der Anschein eines Formalacts, welcher die bisherige Doctrin getäuscht hat. Gerade diese Seite des Anweisungsaccepts, welche man mit der Regel des gemeinen Rechts unvereinbar findet, ist diejenige, welche mit der römischen Grundlage des Instituts in vollständiger Continuität geblieben ist.

Um jedoch das Verhältniß von Form und Inhalt vollständig zur Anschauung zu bringen, ist noch einmal näher an die Rolle anzuknüpfen, welche dabei ursprünglich der Stipulation zukam. Ich habe früher nachgewiesen, daß diese schon im Justinianischen Recht nicht mehr die Kraft hatte, eine Obligation ohne Rücksicht auf ihre materielle Grundlage klagbar zu machen. Der rechtliche Erfolg war von dem Inhalt des Vertrages abhängig geworden; darum konnte die Form schließlich entbehrt werden. Wenn dem so war, wie konnte die Delegationsstipulation ihre Wirksamkeit behalten, da sie doch keinen besonderen Inhalt hatte, sondern ein bloßes Summenversprechen war? Wie reimt sich ebenso die Kraft des heutigen Anweisungsacceptes mit dem modernen Princip der materiellen Verträge, welches deren Klagbarkeit wiederum nur nach Maßgabe ihres Inhalts statuirt? Ungefähr dieselben Zweifelsgründe sind es, welche Thöl zu seiner Auffassung bestimmt haben. Er sagt von dem Anweisungsaccept (Handelsrecht I. §. 126. Note 2. b., fast wörtlich ebenso von dem Wechselaccept II. §. 182.):

> Gemeinrechtlich ist die Gültigkeit dieses Versprechens sehr bedenklich, richtiger: die Ungültigkeit unbedenklich. Denn das in der Acceptation enthaltene Versprechen des Assignaten an den Assignatar ist ein reines Summenversprechen. Dieses Versprechen erhält dadurch keine causa debendi, daß ein Auftrag eines Anderen, des Assignanten, unterliegt, denn ein seiner Natur nach ungültiges Versprechen kann dadurch nicht gültig werden, daß es mit dem Willen eines Anderen gegeben wird.

Aehnlich drückt sich Schlesinger (Formalcontracte S. 123) aus:

> Nie kann der Rechtsgrund eines Versprechens dem Gläubiger gegenüber in dem von einem Dritten dazu ertheilten Auftrage gefunden werden.

Dieſer Argumentation liegt aber ein Trugſchluß zu Grunde, welcher in einer nicht ganz correcten Auffaſſung der causa debendi wurzelt. Die causa eines Verſprechens iſt kein demſelben fremdes Element, wodurch es von außen her »gültig« gemacht werden könnte. Der Rechtsgrund einer Forderung iſt nichts Anderes, als der Inhalt des obligatoriſchen Vertrages ſelbſt. So lange dieſer ein ungetheiltes Ganze bleibt, kann von einer beſonderen causa gar nicht geſprochen werden. Das ſogenannte Princip der materiellen Verträge ſollte alſo genauer ſo ausgedrückt werden: obligatoriſche Verträge ſind nur in ihrer Totalität wirkſam. Zur Begründung eines obligatoriſchen Anſpruches muß der Inhalt des Partheiwillens erſchöpft werden; unvollſtändige Verträge ſind nicht klagbar. Dieſe Faſſung läßt zugleich erſehen, daß das Princip ſchon innerhalb des römiſchen Rechts entwickelt war. Auch die Stipulation konnte ein bloßes Stück aus einem Vertrage, eine cautio indiscreta, nicht mehr allein klagbar machen. Dieſer Erfolg kann immer nur durch eine übergreifende Wirkung der Form erreicht werden, wie ſie der Stipulation im claſſiſchen Recht, und wiederum dem heutigen Wechſel zukommt. Das Wechſelverſprechen: ich zahle Dir hundert; iſt ein unvollſtändiger Vertrag. Erſt dadurch, daß dieſer exceptionell klagbar gemacht iſt, entſteht der Gegenſatz des Verſprechens zu ſeiner causa. — Nun iſt allerdings auch bei der promissio jussu alterius eine Trennung des einen Beſtandtheils von dem anderen, eine Loslöſung des Verſprechens von ſeiner causa verwirklicht; ſonſt könnte es eben kein bloßes Summenverſprechen ſein. Dieſe Trennung iſt aber hier keine künſtliche, ſondern durch die Natur des Geſchäfts geboten; ſie beruht nicht auf der Form, ſondern auf der Verſchiedenheit der Perſonen, zwiſchen denen die beiden Vertragsbeſtandtheile zur Geltung kommen. Deshalb iſt unter den contrahirenden Partheien der Inhalt des Vertrages gleichwohl durch das bloße Summenverſprechen erſchöpft. Auch dieſes iſt in unſerem Falle ein vollſtändiger obligatoriſcher Vertrag, und darum nach allgemeinen Grundſätzen klagbar. Seinen eigenthümlichen Inhalt erhält es allerdings nicht durch den Willen des Dritten allein, wohl aber durch den Conſens der Contrahenten, daß es für Rechnung des Dritten gegeben und angenommen werden ſoll. Das allgemeine Schema der Anweiſung, die Formel für die Zurückbeziehung des Werths der Obligation auf das Vermögen des Dritten, genügt, um dieſer Obligation unter den bei ihrer materiellen Function nicht betheiligten Partheien ein ſelbſtſtändiges Fundament zu geben.

Vielleicht wird der ſpecifiſche Unterſchied zwiſchen dem Summenverſprechen für Rechnung eines Dritten, und unter denſelben Perſonen, noch verſtändlicher durch eine Art von indirecter Beweisführung. Die nackte promissio des einen Contrahenten an den anderen: ich zahle Dir

hundert, kann durch die Form zwar selbstständig klagbar, aber niemals absolut unanfechtbar gemacht werden. Die causa behält immer ihren indirecten Einfluß, welcher gegenüber dem Formalcontract eine condictio oder exceptio doli erzeugt. Der Delegat, welcher auf Anweisung eines Dritten hundert promittirt, hat dagegen gar keine exceptio, und eine condictio nur gegen den Deleganten; seine Verpflichtung gegen den Delegatar ist wirklich unanfechtbar. Diese Eigenschaft beruht daher gar nicht auf der Form des Versprechens, sondern auf seinem Zusammenhange mit der Anweisung. Deshalb konnte sie auch nach dem Untergange der römischen Stipulationsform auf das formlose Accept übergehen.

Diese Betrachtung führt uns zu unserem Hauptthema, dem historischen Zusammenhange zwischen der Anweisung und der römischen Delegation zurück. Die charakteristische Eigenschaft des Accepts, daß der Acceptant keine Einreden aus der Person des Deleganten gebrauchen kann, beruht noch jetzt lediglich auf dem Grundsatze der l. 19. h. t.

> Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris cui quis delegatus est. Idemque est in ceteris similibus exceptionibus.

Das Anweisungsaccept ist sogar der einzige Fall, für welchen dieser Grundsatz heutzutage vollständig zur Anwendung kommt, weil es — mit Einschluß des Wechselaccepts, soweit der Wechsel noch als Anweisung fungirt, — die einzige Gestalt der reinen Creditanweisung ist, die wir haben. Der Fall der Passivsuccession, welcher jetzt gewöhnlich Delegation genannt wird, ist nichts weniger als eine solche, und deshalb auch der Geltung jenes Grundsatzes nicht unterworfen. Uebrigens erleidet derselbe auch in Bezug auf das Anweisungsaccept diejenigen Ausnahmen, die ich schon im §. 21. besprochen habe, soweit deren allgemeine Grundlagen bei uns überhaupt recipirt sind. Dahin gehört besonders die Anfechtbarkeit ex SC. Vellejano unter den dort angeführten Modalitäten; ferner die besonderen Fälle der l. 2. §§. 3. 4. de donationibus und l. 7. de doli exceptione.[2]) An derselben Stelle (S. 120) habe ich darauf aufmerksam gemacht, daß die römischen Juristen die Unanfechtbarkeit der Delegationsstipulation mit Vorliebe aus ihrem geldgleichen Werthe abzuleiten pflegen; diese Motivirung hat für uns ihre Bedeutung verloren, damit aber nicht die Sache selbst. Es zeigt sich jetzt noch deutlicher, daß dieselbe hauptsächlich auf dem anderen Grunde beruht, quia alterius jussu contraxit; denn dieser ist für uns der einzige geblieben.

2) Hiermit stimmt überein Unger Inhaberpapiere §. 22. — Ueberhaupt bietet der Versuch Ungers, die Circulation der Ordre- und Inhaberpapiere auf eine wiederholte Delegation zurückzuführen, manche Berührungspunkte mit dem vorher Gesagten. Nur fehlt es ihm überall an der richtigen Erkenntniß des historischen Zusammenhanges zwischen Delegation und Anweisung. Dieser Mangel hat ihn genöthigt, zu sehr künstlichen Suppositionen zu greifen, um der bisherigen Auffassung der Delegation genug zu thun.

§. 76. Gegensatz des fremden und einheimischen Rechts. Anweisung ist keine Zahlung.

Die Verschiedenheit des heutigen Rechts von seiner römischen Grundlage beginnt erst da, wo es sich um die Rückwirkung der durch Accept vollzogenen Creditanweisung auf die Valuta- und Deckungsverträge handelt. Den allgemeinen Grundsätzen der Anweisung gemäß ist, wie ich im Eingange des vorigen Paragraphen sagte, die durch das Accept begründete neue Obligation als eine doppelte Bereicherung, des Delegatars auf Kosten des Deleganten, und dieses auf Kosten des Delegaten zu betrachten. Die besondere Frage, mit der wir uns jetzt zu beschäftigen haben, geht dahin: welcher Werth wird dabei der der Creditanweisung eigenthümlichen Gestalt dieser Bereicherung, dem jussu alterius constituirten Forderungsrechte beigelegt? Für das römische Recht lautete die Antwort einfach: es wird dem Deleganten gegenüber ganz wie eine baare Zahlung behandelt. Dieser uns völlig unbekannte Rechtszustand ist in Italien während des ganzen Mittelalters herrschend geblieben. Die Continuität der modernen Rechtsentwickelung mit ihrem Ursprunge hat dort den Untergang der römischen Formen, namentlich der Stipulation, überdauert. Das formlose Anweisungsaccept ist auch in dieser Beziehung vollständig an die Stelle der Delegationsstipulation getreten. Der nationale Gegensatz zwischen romanischem und germanischem Recht ist — ungleich den meisten ähnlichen Fällen — erst bei der Reception des römischen Rechts in Deutschland selbst zur Geltung gekommen. Die germanischen Elemente der italienischen Cultur, welche sonst so vielfach schon in einem früheren Zeitpunkt vorbereitend auf die Umwandlung des reinen römischen Rechts eingewirkt haben, sind in unserem Falle ohne Einfluß geblieben. Wir haben es noch innerhalb der modernen Entwickelung mit einem specifischen Gegensatze zwischen italienischem und deutschem Recht zu thun.

Mit Rücksicht darauf kann der Satz des fremden Rechts jetzt auch der heutigen Vorstellung näher gerückt werden. Was ich früher von der Delegationsstipulation gesagt habe, ist jetzt auf das Anweisungsaccept zu übertragen. Die acceptirte Anweisung stand der Zahlung gleich; insbesondere wurde in dem gewöhnlichsten Falle der Anweisung solvendi causa (welchen sogar die ältere Theorie meist ausschließlich im Auge hatte) der frühere Schuldner durch das Accept des neuen befreit. Die Nachweise, welche ich in §. 2. über das in Italien geltende Recht gegeben habe, sind auch für diese modificirte Fassung des Satzes bereits völlig ausreichend. Delegatio kann in den dort beigebrachten Zeugnissen — ich erinnere besonders an das S. 10 abgedruckte Capitel der Statuten von Genua — gar nicht anders übersetzt werden, als mit

dem deutschen Ausdrucke Anweisung. Indessen will ich dieselben hier noch in einem Punkte vervollständigen, dessen Zusammenhang mit dem früher Gesagten erst jetzt verständlich wird. Was nämlich von dem Anweisungsaccept nachgewiesen worden ist, hat ursprünglich in ganz gleichem Maße auch von dem Wechselaccept gegolten. Hier tritt uns der Gegensatz des altitalienischen Rechts zum heutigen noch viel prägnanter und charakteristischer entgegen, weil sich der Wechselverkehr bereits ganz in den uns so geläufigen technischen Formen bewegte. Der Aussteller eines trassirten Wechsels wurde nach damaligem Recht durch das Accept vollständig frei; der Wechsel lieferte, ganz wie der altrömische Litteralcontract, immer nur einen Schuldner. Aus einer acceptirten Tratte gab es keinen Regreß mangels Zahlung; vielmehr existirte in der älteren Zeit überhaupt nur ein Wechselregreß mangels Accept, der nur damals nicht entfernt seine spätere formelle Natur hatte, sondern einfach auf Erstattung der gezahlten Valuta nebst Schäden und Kosten ging. Es war weiter nichts, als die gewöhnliche Klage aus dem dem Wechsel zu Grunde liegenden materiellen Geschäft, wie noch jetzt bei der Anweisung, von der eben der Wechsel nur eine eigenthümlich charakterisirte Anwendung darstellte.

Es ist schon von anderer Seite bemerkt worden,[1]) daß die Befreiung des Trassanten durch das Accept des Trassaten von den beiden Häuptern der italienischen Commentatorenschule vertheidigt wird, nämlich

Bartolus ad l. 15. de rebus creditis num. 19. und

Baldus ad c. 6. de bonis auctoritate judicis num. 2.

Jedoch hat man dies nur für vereinzelte theoretische Sonderbarkeiten gehalten. Auch ist es richtig, daß die Begründung bei Beiden verschieden ist. Ueberhaupt schwankten die damaligen Ansichten über das jugendliche Institut der Wechselbriefe hin und her, und die Grundlage der delegatio, woraus sich jene Consequenz hauptsächlich ergeben mußte, war keineswegs die allgemein adoptirte. Gleichwohl ergiebt die weitschichtige Casuistik der meisten schon in §. 2. angeführten Autoritäten deutlich genug, daß die Theorie der Delegation, wie wir sie kennen gelernt haben, wirklich auch auf den Wechsel angewendet wurde. Noch bei den späteren Gegnern dieser Ansicht (z. B. *Raphael de Turri* tract. de cambiis disp. II. qu. 12.) ist der ursprüngliche Zusammenhang deutlich erkennbar. Specielle Zeugnisse dafür aus der älteren Zeit ließen sich leicht vervielfältigen. Ich will hier nur von den neueren einige der bestimmtesten, bis in das siebzehnte Jahrhundert hineinreichend, anführen:

Jo. Mascardus de probationibus Vol. III. concl. 991. num. 7. 8. (Geschrieben unter Gregor XIII. 1572—1585).

1) Holtius Abhandlungen S. 203, und nach ihm Biener, Wechselrechtliche Abhandlungen S. 87.

Card. Tuscus conclusiones practicae litt. C. concl. 12. (1605).

Nic. de Passeribus de scriptura privata lib. III. qu. 45. beſ. num. 26—34. (Um 1615).

Nach dieſem Allen kann nicht bezweifelt werden, daß jene Bedeutung des Accepts mit allen ihren vorhin angedeuteten Conſequenzen während der erſten Jahrhunderte des Wechſelverkehrs in der That die Grundlage der Praxis gebildet hat, wahrſcheinlich auch durch die ältere kaufmänniſche Uſance unterſtützt. Auf dieſem urſprünglichen Standpunkte ſtehen auch noch die erſten unter den ſogenannten Wechſelordnungen — ein Name, den die fragmentariſchen Statuten jener Zeit kaum verdienen — namentlich:

Statuti dell' Università d'Mercanti e della corte degl' offiziali della Mercanzia della città di Siena. Dist. II. cap. 92. (Von ſehr hohem Alter, bei Martens Urſprung des Wechſelrechts. Anhang S. 10 nach einer Ausgabe von 1619 abgedruckt.)

und Statuta civilia civitatis Bononiae rubr. 43. §. 13. seqq. (1454. Ebendaſ. S. 55.)

Der ſpätere Grundſatz, wonach Acceptant und Traſſant ſolidariſch verhaftet ſind, wurde innerhalb des italieniſchen Wechſelverkehrs zuerſt in Genua herrſchend. Barth. Niger bezeichnet ihn in ſeinen Noten zu Mascard. de probationibus l. c. noch ausdrücklich als eine particuläre Genueſer Obſervanz. Auch in den Decisiones rotae Genuae, wo er wiederholt und übereinſtimmend zur Anwendung gebracht iſt, wird er nie anders, als durch eine beſondere Gewohnheit der Genueſer Kaufleute begründet, z. B. am beſtimmteſten:

dec. 2. num. 40. Ex generali et notoria consuetudine *mercatorum Genuae:* quotiescunque quis facit litteras cambii, et ille cui diriguntur acceptat et postea non solvit, scribens litteras manet obligatus.

Von Genua aus hat ſich dieſes neuere Gewohnheitsrecht gegen Ende des ſechzehnten Jahrhunderts über ganz Italien verbreitet. Maßgebend dafür wurde namentlich die Praxis der rota Romana, welche ſich — ſo viel ich nach den verſchiedenen Citaten habe ermitteln können[2]) — ſeit

2) Die Entſcheidungen der rota Romana ſind leider — ungleich denen der rota Genuae — in ſoviel Einzelſammlungen zerſplittert, daß es nur mit der größten Mühe und dem umfaſſendſten Apparat gelingt, ſie wieder aufzufinden. Eine ausgewählte Zahl von ſolchen, die auf das Wechſelrecht Bezug haben, iſt von *Raphael de Turri* am Schluſſe ſeines tractatus de cambiis zuſammengeſtellt und commentirt. Darunter befinden ſich zwei, in denen unſere Frage behandelt wird; dec. 5—7. vom Jahre 1548, und dec. 26. vom Jahre 1615, jene der älteren, dieſe der neueren Anſicht folgend. Man darf ſich über den Sinn der erſteren nicht durch den faſt ein Jahrhundert ſpäter geſchriebenen

dem Jahre 1581 für die neuere Anſicht entſchied. Auf dieſe Praxis vornehmlich ſtützen ſich diejenigen Schriftſteller, welche das veränderte Recht zuerſt als allgemein gültig vortragen, namentlich:

Hercules Marescotus variar. resolut. lib. II. cap. 11. (1614) und *Sig. Scaccia* de commerciis et cambio §. II. gl. 5. qu. 10. (1617).

Am ſpäteſten folgte, wie es ſcheint, der Umſchlag bei den Neapolitaniſchen Gerichten. Bei *Garsia Mastrillo* (Decisiones consistorii sacrae regiae conscientiae regni Siciliae) finden ſich noch aus den Jahren 1604 und 1608 zwei Erkenntniſſe (dec. 9. 177.), in welchen die Delegationstheorie auf den Wechſel in vollem Umfange angewendet iſt; erſt in einer noch ſpäteren Entſcheidung (dec. 221. ohne Datum) iſt dieſelbe verlaſſen mit der Bemerkung:

> nec hodie in Regno super hoc amplius dubitatur, *stante consuetudine diutina inter mercatores*, ut non obstante acceptatione, non propterea sit liberatus principalis mandans, sed in facultate creditoris est, contra quem velit agere, vel contra scribentem, vel contra acceptantem.

In Italien hat ſich auf dieſe Weiſe der Wechſel durch eine eigenthümliche Entwickelung von der Anweiſung (delegatio) getrennt, welche aber für den Standpunkt des deutſchen Rechts gerade eine Annäherung an das allgemeinere Inſtitut darſtellt. Deshalb iſt auch die bei den Italienern ganz verloren gegangene Verwandtſchaft zwiſchen Wechſel und Anweiſung erſt in der ſpäteren deutſchen Jurisprudenz wieder in den Vordergrund getreten. Aus demſelben Grunde hat in Deutſchland jene ältere italieniſche Anſicht bei dem Wechſel noch weniger Eingang gefunden, als bei der Anweiſung.[3])

Commentar des genueſiſchen Schriftſtellers täuſchen laſſen, welcher ihn, um die Entſcheidung für ſich brauchbar zu machen, durch willkürliche Suppoſitionen wegzuinterpretiren geſucht hat. — Einige andere demſelben Entwickelungsproceß angehörige Judicate (*Alex. Ambrosinus* decisiones Perusinae lib. II. dec. 35. und *Alex. Raudensis* decis. Pisanae dec. 4.) habe ich ebenfalls nicht auftreiben können.

3) Gleichwohl fehlt es auch hier nicht an Spuren davon, z. B. bei Zanger tract. de exceptionibus pars III. c. 6. num. 51. 52. Marquard de jure mercatorum lib. II. c. 12. num. 74—82. (in vollem Widerſpruch mit num. 51—55.) und ſelbſt noch Pet. Müller zu Struw synt. juris civilis exerc. 25 th. 44. Note δ. XIII.; die beiden letztgenannten ſind freilich nur unkritiſche Compilatoren, denen gar keine ſelbſtſtändige Bedeutung beigelegt werden darf. — Vielleicht iſt eher umgekehrt die Umwandlung in Italien bereits auf deutſche Einflüſſe zurückzuführen. Ich halte es für unzweifelhaft, daß im Norden von Europa, unabhängig von dem italieniſchen Wechſel, ein ähnliches, aber auch in der Technik wohl unterſcheidbares Inſtitut von faſt gleichem Alter beſtanden hat — hie und da mit dem Namen Ueberkauf bezeichnet. (Vergl. Hirſch Handels- und Gewerbegeſchichte Danzigs S. 235). In dieſer ſelbſtſtändigen Form bewegte ſich ſchon ſeit dem dreizehnten Jahrhundert ein ausgedehnter und ſehr entwickelter Verkehr zwiſchen den

Ursprünglich — das ist für unsere jetzige Betrachtung das Wichtigste — war aber der Gegensatz des fremden zum einheimischen Recht ein durchgreifender, alle Arten der Creditanweisung beherrschender. Das heutige Recht steht in dem Punkte, den wir jetzt im Auge haben, mit dem italienischen und dem ferner zurückliegenden römischen Recht in gar keinem Zusammenhange; es beruht auf einer specifisch deutschen Basis. Ich habe schon S. 11 an den prägnanten Ausdruck dieses eigenthümlich deutschen Rechtsgrundsatzes erinnert, nämlich die bekannte Parömie: Anweisung ist keine Zahlung. Die herrschende Lehre findet denselben in voller Uebereinstimmung mit dem römischen Recht; sie begeht hier den umgekehrten Irrthum wie in Bezug auf das Accept. Die unbedingte Haftung des Acceptanten ist vielmehr gerade das römische, die fortdauernde Mithaftung des Deleganten das nichtrömische Element des heutigen Rechts. Anweisung ist keine Zahlung ist der directe Gegensatz des römischen Grundsatzes: solvit qui reum delegat. Die charakteristische Bedeutung beider Aussprüche beschränkt sich aber auf das Gebiet der Creditanweisung. Es ist von der Wirkung einer acceptirten, durch promissio vollzogenen Anweisung die Rede. Diese besondere Beziehung ist z. B. aus den S. 12 mitgetheilten ältesten statutarrechtlichen Zeugnissen vollständig ersichtlich.

Alle diejenigen Resultate also, welche ich in Bezug auf das römische Recht aus dem Hauptgrundsatze abgeleitet habe (§§. 18.—20.), insbesondere die Consequenzen desselben für das periculum nominis, sind für uns jetzt nicht brauchbar. Die Entscheidung aller dort behandelten Fragen muß vielmehr dem deutschen Recht entnommen werden. Damit scheidet dieser Gegenstand aus dem Kreise unserer auf Verwerthung der romanistischen Theorie gerichteten Betrachtungen aus. Wir müssen bei der Negative stehen bleiben: Anweisung ist keine Zahlung. Die weitere Frage: was ist sie dann? mag nur andeutungsweise untersucht werden. Ich halte folgende Antwort für die richtigste: Die Anweisung (d. h. also die acceptirte Creditanweisung) ist eine bedingte Zahlung; der Erfolg derselben in Bezug auf den Deleganten ist suspendirt bis zur

Städten der Hansa. Wenn ich einigen vorläufigen Studien über den Gegenstand trauen darf, so gab es bei diesen germanischen Ueberkaufbriefen gar kein Accept; sie beruhten ausschließlich auf dem Credite des Ausstellers — im geraden Gegensatze zu den Wechselbriefen der Italiener, welche umgekehrt allein dem Credite des Acceptanten folgten. Es liegt nahe, die spätere solidarische Verpflichtung als eine Combination beider Extreme aus ihrer Berührung im internationalen Verkehr abzuleiten. Wenn sich diese Vermuthung bestätigen sollte, so ist die eigentliche Geburtsstätte dieses treibenden Princips der neueren Entwickelung des Wechsels wahrscheinlich in Brügge zu suchen, damals dem Hauptemporium des Nordens, wo sich auch die Verbindungen mit dem Süden überwiegend concentrirten. Die nächste Aufnahme desselben durch die Genuesen, welche in Brügge selbst bedeutende Niederlassungen hatten, würde damit wohl übereinstimmen.

demnächstigen Einlösung des Accepts. Sie gilt nur »mit der Condition und Meinung, sofern der Ueberwiesene völlige Bezahlung thun werde« (Frankfurter Reformation a. a. O. S. 12); bis dahin liegt nur ein Versuch der Zahlung vor. Gelingt dieser Versuch, tritt die Bedingung ein, so findet die Rückwirkung auf das Vermögen des Deleganten ganz nach allgemeinen Grundsätzen statt. Scheitert er dagegen, fällt die Bedingung aus, so hat das Accept gegenüber dem Deleganten gar keine Wirkung. Der Delegatar behält zwar seine Ansprüche aus der selbstständigen Verpflichtung des Acceptanten, aber diese haben keinen Einfluß auf die Rechtsverhältnisse aus dem Valuta- und Deckungsgeschäft. Vielmehr bleiben diese ebenso unverändert, wie wenn die Anweisung gar nicht acceptirt worden wäre. Auch in diesem Falle giebt es aus der Anweisung keinen formellen Regreß mangels Zahlung, wie aus dem Wechsel, sondern es dauert nur die Verpflichtung aus dem älteren Schuldgrunde fort, wenn ein solcher der Anweisung zu Grunde gelegen hat. Hierin können allerdings die Partheien eine Aenderung treffen; der Delegant kann definitiv befreit werden, wenn der Delegatar Credit statt Zahlung nimmt. Dies ist aber bei uns nicht mehr, wie bei den Römern, eine nothwendige Folge der Anweisung selbst; sondern es geschieht vermöge einer besonderen Nebenabrede, durch einen der deutschen Rechtsauffassung eigenthümlichen, außerhalb der Anweisung liegenden Liberationsact, auf dessen Natur ich noch zurückkommen werde.

Die aus diesen Hauptgrundsätzen sich ergebenden Consequenzen können hier nicht erschöpfend erörtert werden; nur einen Punkt aus dem Detail der Lehre will ich noch besonders hervorheben. Ich habe S. 107 folg. nachgewiesen, daß nach römischem Recht auch eine bloße Zahlungsanweisung durch Promission des Delegaten, d. h. in unserem Sinne durch Accept, erledigt werden konnte; denn die promissio stand ja eben der Zahlung gleich. Auch dies ist bei uns anders. Weil das Accept jetzt etwas von der Zahlung wesentlich Verschiedenes ist, kann der auf Zahlung gerichtete jussus nicht ohne Weiteres auch auf das bloße Accept bezogen werden. Daraus folgt unter Anderem, daß ihn der Delegant, so lange dem Accept nicht wirkliche Zahlung, oder was dem gleichsteht, gefolgt ist, widerrufen und damit die Geltung des Accepts für seine Rechnung ablehnen kann. Nur eine wirkliche Creditanweisung wird durch das Accept irrevocabel. Dieser Satz erleidet nur dadurch eine scheinbare Ausnahme, daß in unserem Verkehr eine Menge Anweisungen vorkommen, welche ihrem Buchstaben nach auf bloße Zahlung lauten, in der That aber als Creditanweisungen gemeint sind. Dies gilt vor Allem, wie ich schon S. 479 gesagt habe, von den Wechseltratten in ihrer gewöhnlichen Form, — immer vorausgesetzt, daß diesen überhaupt noch die Bedeutung einer Anweisung zukommt. Dasselbe ist aber im

Zweifel auch von allen denjenigen bloßen Anweisungen zu behaupten, zu welchen das gleiche schriftliche Formular benutzt wird.[4])

§. 77. Die heutige Novation durch formlosen Vertrag.

Die ausführliche historische Untersuchung, welche ich der Novation des römischen Rechts gewidmet habe, hat ergeben, daß das Institut dort in zwei von einander wesentlich verschiedenen Gestalten vorkommt, einer älteren und einer neueren. Die Gegensätze zwischen beiden brauchen hier nicht im Einzelnen wiederholt zu werden; wir haben jetzt nur an das Endresultat des Justinianischen Rechts anzuknüpfen, nur dieses ist mit dem ganzen römischen Rechtsstoff auf uns übergegangen. Die richtige Erkenntniß der tief greifenden Unterschiede innerhalb der Entwickelungsperioden des römischen Rechts selbst ist allerdings auch für unsere jetzige Aufgabe von der größten Bedeutung. Sie allein befähigt uns, aus dem Inhalte der Quellen die dem älteren Recht angehörigen Sätze kritisch auszusondern, und das für uns Maßgebende in seiner Reinheit zu ermitteln. Weil es der bisherigen Theorie an einem solchen kritischen Maßstabe fehlt, hat sie sich mit einer Reihe von Vorstellungen beschwert, die sich bei näherer Prüfung als werthloser Ballast erweisen. Mit diesem hat man denn wiederum hie und da das ganze römische Recht als für uns unbrauchbar über Bord werfen wollen. Dies ist weder nothwendig, noch erlaubt. Vielmehr wird eine genauere Untersuchung sogleich zeigen, daß dasselbe die ziemlich unveränderte Grundlage auch für die heutige Novation abgiebt, wenn man nur aus dieser diejenigen Fälle ausscheidet, welche nicht anders als durch eine Verwirrung der Begriffe damit in Verbindung gesetzt worden sind.

Im Vordergrunde dieser Betrachtung steht zunächst der Gegensatz zwischen der römischen Stipulation und dem heutigen formlosen Vertrage. Die bereits im §. 71. in allgemeinerem Zusammenhange erörtete Frage, in wie weit dieser die römische Form ersetzen kann, muß uns jetzt in der

4) Daß ein acceptirter Wechsel vom Trassanten nicht contremandirt werden kann, ist niemals bezweifelt worden. Zwar hat Cropp (Abhandlungen Bd. II. S. 393) einige ältere Wechselordnungen für das Gegentheil angeführt. Dies beruht aber auf einem bloßen Mißverständnisse, denn jene Statuten haben die ursprüngliche Gestalt des Wechselgeschäfts zwischen vier Personen im Auge, und sprechen von einem Widerrufe nicht des Trassanten, sondern des Remittenten, durch welchen unter Umständen dem Präsentanten seine Legitimation entzogen werden kann. — Was aber die Begründung dieses Rechtssatzes betrifft, so haben Cropp (a. a. O. S. 355 folg.) und Thöl (Handelsrecht I. §. 123. II. §. 299. Nr. 2.) sich auf verschiedene Weise bemüht, ihn sowohl bei Wechseln als wechselähnlichen Assignationen mit der Grundlage einer bloßen Zahlungsanweisung in Einklang zu bringen. Diese Versuche halte ich für vollständig verfehlt. Vergl. dagegen namentlich Unger Inhaberpapiere S. 73 folg.

demnächstigen Einlösung des Accepts. Sie gilt nur »mit der Condition und Meinung, sofern der Ueberwiesene völlige Bezahlung thun werde« (Frankfurter Reformation a. a. O. S. 12); bis dahin liegt nur ein Versuch der Zahlung vor. Gelingt dieser Versuch, tritt die Bedingung ein, so findet die Rückwirkung auf das Vermögen des Deleganten ganz nach allgemeinen Grundsätzen statt. Scheitert er dagegen, fällt die Bedingung aus, so hat das Accept gegenüber dem Deleganten gar keine Wirkung. Der Delegatar behält zwar seine Ansprüche aus der selbstständigen Verpflichtung des Acceptanten, aber diese haben keinen Einfluß auf die Rechtsverhältnisse aus dem Valuta- und Deckungsgeschäft. Vielmehr bleiben diese ebenso unverändert, wie wenn die Anweisung gar nicht acceptirt worden wäre. Auch in diesem Falle giebt es aus der Anweisung keinen formellen Regreß mangels Zahlung, wie aus dem Wechsel, sondern es dauert nur die Verpflichtung aus dem älteren Schuldgrunde fort, wenn ein solcher der Anweisung zu Grunde gelegen hat. Hierin können allerdings die Partheien eine Aenderung treffen; der Delegant kann definitiv befreit werden, wenn der Delegatar Credit statt Zahlung nimmt. Dies ist aber bei uns nicht mehr, wie bei den Römern, eine nothwendige Folge der Anweisung selbst; sondern es geschieht vermöge einer besonderen Nebenabrede, durch einen der deutschen Rechtsauffassung eigenthümlichen, außerhalb der Anweisung liegenden Liberationsact, auf dessen Natur ich noch zurückkommen werde.

Die aus diesen Hauptgrundsätzen sich ergebenden Consequenzen können hier nicht erschöpfend erörtert werden; nur einen Punkt aus dem Detail der Lehre will ich noch besonders hervorheben. Ich habe S. 107 folg. nachgewiesen, daß nach römischem Recht auch eine bloße Zahlungsanweisung durch Promission des Delegaten, d. h. in unserem Sinne durch Accept, erledigt werden konnte; denn die promissio stand ja eben der Zahlung gleich. Auch dies ist bei uns anders. Weil das Accept jetzt etwas von der Zahlung wesentlich Verschiedenes ist, kann der auf Zahlung gerichtete jussus nicht ohne Weiteres auch auf das bloße Accept bezogen werden. Daraus folgt unter Anderem, daß ihn der Delegant, so lange dem Accept nicht wirkliche Zahlung, oder was dem gleichsteht, gefolgt ist, widerrufen und damit die Geltung des Accepts für seine Rechnung ablehnen kann. Nur eine wirkliche Creditanweisung wird durch das Accept irrevocabel. Dieser Satz erleidet nur dadurch eine scheinbare Ausnahme, daß in unserem Verkehr eine Menge Anweisungen vorkommen, welche ihrem Buchstaben nach auf bloße Zahlung lauten, in der That aber als Creditanweisungen gemeint sind. Dies gilt vor Allem, wie ich schon S. 479 gesagt habe, von den Wechseltratten in ihrer gewöhnlichen Form, — immer vorausgesetzt, daß diesen überhaupt noch die Bedeutung einer Anweisung zukommt. Dasselbe ist aber im

Zweifel auch von allen denjenigen bloßen Anweisungen zu behaupten, zu welchen das gleiche schriftliche Formular benutzt wird.[4])

§. 77. Die heutige Novation durch formlosen Vertrag.

Die ausführliche historische Untersuchung, welche ich der Novation des römischen Rechts gewidmet habe, hat ergeben, daß das Institut dort in zwei von einander wesentlich verschiedenen Gestalten vorkommt, einer älteren und einer neueren. Die Gegensätze zwischen beiden brauchen hier nicht im Einzelnen wiederholt zu werden; wir haben jetzt nur an das Endresultat des Justinianischen Rechts anzuknüpfen, nur dieses ist mit dem ganzen römischen Rechtsstoff auf uns übergegangen. Die richtige Erkenntniß der tief greifenden Unterschiede innerhalb der Entwickelungsperioden des römischen Rechts selbst ist allerdings auch für unsere jetzige Aufgabe von der größten Bedeutung. Sie allein befähigt uns, aus dem Inhalte der Quellen die dem älteren Recht angehörigen Sätze kritisch auszusondern, und das für uns Maßgebende in seiner Reinheit zu ermitteln. Weil es der bisherigen Theorie an einem solchen kritischen Maßstabe fehlt, hat sie sich mit einer Reihe von Vorstellungen beschwert, die sich bei näherer Prüfung als werthloser Ballast erweisen. Mit diesem hat man denn wiederum hie und da das ganze römische Recht als für uns unbrauchbar über Bord werfen wollen. Dies ist weder nothwendig, noch erlaubt. Vielmehr wird eine genauere Untersuchung sogleich zeigen, daß dasselbe die ziemlich unveränderte Grundlage auch für die heutige Novation abgiebt, wenn man nur aus dieser diejenigen Fälle ausscheidet, welche nicht anders als durch eine Verwirrung der Begriffe damit in Verbindung gesetzt worden sind.

Im Vordergrunde dieser Betrachtung steht zunächst der Gegensatz zwischen der römischen Stipulation und dem heutigen formlosen Vertrage. Die bereits im §. 71. in allgemeinerem Zusammenhange erörtete Frage, in wie weit dieser die römische Form ersetzen kann, muß uns jetzt in der

4) Daß ein acceptirter Wechsel vom Traſſanten nicht contremandirt werden kann, ist niemals bezweifelt worden. Zwar hat Cropp (Abhandlungen Bd. II. S. 393) einige ältere Wechselordnungen für das Gegentheil angeführt. Dies beruht aber auf einem bloßen Mißverständnisse, denn jene Statuten haben die ursprüngliche Gestalt des Wechselgeschäfts zwischen vier Personen im Auge, und sprechen von einem Widerrufe nicht des Traſſanten, sondern des Remittenten, durch welchen unter Umständen dem Präsentanten seine Legitimation entzogen werden kann. — Was aber die Begründung dieses Rechtssatzes betrifft, so haben Cropp (a. a. O. S. 355 folg.) und Thöl (Handelsrecht I. §. 123. II. §. 299. Nr. 2.) sich auf verschiedene Weise bemüht, ihn sowohl bei Wechseln als wechselähnlichen Assignationen mit der Grundlage einer bloßen Zahlungsanweisung in Einklang zu bringen. Diese Versuche halte ich für vollständig verfehlt. Vergl. dagegen namentlich Unger Inhaberpapiere S. 73 folg.

besonderen Anwendung auf die Novation beschäftigen. Also: Kann eine Novation in demselben Sinne und mit demselben Erfolge, wie sie bei den Römern durch Stipulation vollzogen wurde, heutzutage durch formloſen Vertrag zu Stande gebracht werden? In dieſer ſpeciellen Geſtalt iſt die Frage ſchon in einer beſonderen Diſſertation behandelt worden von

Haſſe. An novatio voluntaria esse possit citra stipulationem. Kil. 1811,

welcher, ähnlich wie die früheren Praktiker, zu einer Bejahung derſelben gelangte. Die verneinende Anſicht wurde zuerſt mit großer Entſchiedenheit vertreten von

Koch. Die Lehre von dem Uebergange der Forderungsrechte. Breslau, 1837. §. 50.

Hauptautorität dafür iſt ſeitdem

Gneiſt. Formelle Verträge S. 229, 230

geworden. Beiden ſchließt ſich am nächſten an:

Bähr. Anerkennung S. 156 folg.,

während ſich umgekehrt

Sintenis. Civilrecht Bd. II. §. 105. Anm. 2.

Kuntze. Obligation und Singularſucceſſion S. 252 folg.

Schleſinger. Formalcontracte beſ. S. 120

in verſchiedenem Sinne mit ihrer Widerlegung beſchäftigt haben.

Die Argumentation der Gegner ſtützt ſich hauptſächlich auf die Suppoſition, Novation ſei Verwandlung einer materiellen Obligation in eine formelle. Der Formalcontract liefere für die neue Verpflichtung eine ſelbſtſtändige, durch ſich ſelbſt wirkſame causa. Eine ſolche, die causa in ſich ſelbſt tragende Vertragsform haben wir nicht; unſer formloſer Vertrag bedarf eines materiell individualiſirten Rechtsgrundes. Darum ſoll bei uns die Novation nur entweder in einer bloßen Wiederholung der früheren Obligation, oder in ihrer Ueberführung in eine andere von ſachlich verſchiedenem Inhalt beſtehen können. Hiermit wird der Stipulationsform eine Bedeutung beigelegt, welche ſie jedenfalls im Juſtinianiſchen Recht nicht mehr hatte. Die ihr zukommende Rolle war ſchon damals eine viel untergeordnetere. Sie diente nur noch dazu, den Inhalt des Vertrages, der ſich in ihr verkörperte, klagbar zu machen. Die Wirkung der Klage beſtimmte ſich aber durch den Geſammtinhalt des in der Form niedergelegten Willens der Contrahenten. Dieſer genügt jetzt für ſich allein, aber er konnte auch ſchon bei den Römern nicht entbehrt werden. Ich kann auf meine früheren Ausführungen über dieſe allgemeine Seite der Frage Bezug nehmen; hier kommt es nur darauf an, den für uns maßgebend gebliebenen Inhalt der Novationsſtipulation in Erinnerung zu bringen.

Die herrschende Lehre definirt Novation einfach als Tilgung einer Obligation durch Gründung einer neuen, welche an deren Stelle tritt. Diese Begriffsbestimmung ist zu allgemein; nicht jede Combination von Liberation und Obligation zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft bildet eine Novation im römischen Sinne: Wir haben als eine wesentliche Eigenthümlichkeit derselben ferner kennen gelernt, daß der Inhalt der alten Obligation als solcher in der neuen reproducirt wurde. Die Novationsstipulation hatte kein absolut, sondern ein relativ bestimmtes Object; sie war keine formelle, abstracte, sondern eine materielle Stipulation, welche aus der Bezugnahme auf die ältere Schuld ihren concreten Inhalt entnahm. In diesem Sinne muß jene Definition ergänzt werden: Novation ist Tilgung einer Obligation durch Eingehung einer neuen von gleichem Inhalt. Wie ich schon S. 336 gesagt habe, die neue Schuld behält alle Ursprungseigenschaften und Besonderheiten der alten, also Kaufgeld bleibt Kaufgeld, Darlehn bleibt Darlehn u. s. w. Danach gewinnt es nun allerdings den Anschein, als ob, wie Gneist a. a. O. sagt, das zweite Versprechen ein und dieselbe causa hätte, wie die frühere Obligation. Dennoch ist dem nicht so. Die alte causa wird in der neuen zwar in Bezug genommen, aber darum ist das referens nicht identisch mit dem relatum. Eben die Wiederholung des Rechtsgrundes, der neue Consens der Partheien über das alte Object, bildet den selbstständigen Inhalt, den eigenen Rechtsgrund des zweiten Vertrages. Wenn also die alte Schuld aus einem Kauf herrührte, so hat auch die neue die Eigenschaften des Kaufgeldes, aber sie entspringt deshalb nicht direct aus dem früheren Kaufvertrage, sondern aus dem Anerkenntniß einer Kaufgeldschuld, wenn derselbe Schuldner, aus der Succession in eine solche, wenn statt seiner ein Anderer verspricht. Agnition in dem einen, Passivsuccession in dem anderen Falle war schon innerhalb der römischen Form der selbstständige, eigenthümliche Inhalt der Novationsstipulation geworden. Es hat sich darin für uns weiter nichts geändert, als daß dieser Inhalt keiner Form mehr bedarf, um zur rechtlichen Wirksamkeit zu gelangen.

Aus dem Gesagten geht bereits hervor, daß die beiden Novationsfälle durch die ihnen zu Grunde liegende sachliche Bedeutung in zwei ganz verschieden geartete Rechtsinstitute auseinandergefallen sind. Nur im älteren römischen Recht waren sie durch die Gleichartigkeit des Formalacts, der unter den alten ebenso wie unter neuen Personen vollzogen wurde, zusammengehalten. Mit ihrer Umbildung zu materiellen Rechtsgeschäften haben sie jeder einen eigenthümlichen Charakter angenommen, die Novation unter denselben Partheien den der Agnition, die Novation mit Veränderung des Gläubigers den der Passivsuccession. Der dritte

Fall des älteren Rechts, die Novation mit Veränderung des Gläubigers, existirt überhaupt nicht mehr. Was in unseren Lehrbüchern unter diesem Namen dargestellt wird, ist nichts als ein theoretisches Gespenst ohne Wesen und Leben, welches erst von Mühlenbruch aus jahrhundertelangem Schlummer geweckt ist und nun je eher je lieber wieder zur Ruhe gebracht werden muß. Wir haben für die Activsuccession nur eine Form, die der Cession; auch durch den Beitritt des debitor cessus kann diese niemals in eine Novation verwandelt, sondern nur eine Agnition unter den neuen Partheien damit verbunden werden.

Indessen erstreckt sich die hervorgehobene Divergenz doch nur auf die obligatorische Seite beider Novationsfälle. Ihre liberatorische Seite haben sie noch jetzt gemeinsam, und um ihretwillen lohnt es auch für uns noch der Mühe, den Rahmen des römischen Begriffes beizubehalten. Die Liberation ist jetzt nicht mehr das principale Element der Novation. Daß diese in den Quellen noch überwiegend unter den Gesichtspunkt eines modus tollendi obligationem gestellt ist, beruht eigentlich auch dort nur auf einer Tradition aus dem liberatorischen Formalact des alten jus civile. Schon im Justinianischen Recht steht der obligatorische Inhalt der Novationsstipulation im Vordergrunde; eine neue materielle Verpflichtung für das Object der alten Schuld ist die Hauptsache, deren Aufhebung nur eine secundäre Nebenwirkung geworden. Gerade dadurch hat dieselbe aber eine neue charakteristische Stellung angenommen. An sich äußert die neue Obligation gar keinen Einfluß auf das Schicksal der alten; es bedarf keines besonderen Vorbehalts, keiner Clausel »ohne Neuerung«, um ihren Fortbestand zu sichern. Vielmehr geschieht die Tilgung erst durch einen zweiten, selbstständigen Vertrag zwischen den Partheien. Dies haben wir als den durch die Justinianische Gesetzgebung zum Abschluß gebrachten Rechtszustand kennen gelernt; ganz ebenso besteht derselbe auch noch bei uns. Die Agnition einer bestehenden Schuld erzeugt an sich nur eine neue Obligation unter denselben Partheien; ob dieselbe neben die alte oder an deren Stelle treten soll, ist Sache besonderer Entschließung. Die Verpflichtung eines neuen Schuldners kann sowohl accessorisch, wie successorisch gemeint sein; zwischen beiden Möglichkeiten haben die Partheien zu wählen. In beiden Fällen ist der Tilgungseffect erst von einem das neue Versprechen begleitenden zweiten Vertrage abhängig. In Bezug auf die Agnition ist dieser von geringer praktischer Bedeutung; die Partheien werden sich in den seltensten Fällen auch nur zum klaren Bewußtsein bringen, ob neben der neuen Obligation die alte fortbestehen soll oder nicht. Desto wichtiger ist er für den Fall der Succession; denn hier hängt davon ab, ob der Gläubiger einen Schuldner haben soll, oder zwei in solidarischer Haftung.

Die Eigenthümlichkeit dieſes liberatoriſchen Vertrages im Gegenſatze zu anderen beſteht darin, daß er ſich an die Reproduction der alten Schuld anlehnt. Er wird mit Rückſicht auf den gleichzeitigen Obligationsact geſchloſſen, der Gläubiger erhält für das aufgegebene Recht in demſelben Augenblicke einen Erſatz durch ein neues Recht von derſelben Beſchaffenheit. Gerade dieſer Umſtand giebt dem Vorgange den Charakter einer transfusio et translatio obligationis, einer Uebertragung des Rechts. Darum nimmt er im Falle des Wechſels der Perſon die Geſtalt einer Succeſſion an; auch unter denſelben Partheien kann er durch die Vorſtellung einer successio in suum locum am beſten verdeutlicht werden. Wir haben geſehen, daß in Folge deſſen der liberatoriſche Vertrag auch da, wo er mit einer neuen Perſon eingegangen wird, zu Gunſten des alten Schuldners wirkſam werden kann. Immer aber behält er die Natur eines Vertrages; der aus dem älteren Recht übernommene Ausdruck animus novandi darf nicht zu dem Mißverſtändniſſe verleiten, als ob es ſich um eine einſeitige Willenserklärung handelte. Die Bedingungen für die Wirkſamkeit dieſes Vertrages ſind ganz die allgemeinen; er iſt in keiner Art an eine beſondere Ausdrücklichkeit der Erklärung gebunden. Die Beſtandtheile des Conſenſes können ebenſo gut aus Handlungen der Partheien, wie aus Worten entnommen werden; die Interpretation beider folgt ganz den gewöhnlichen Regeln. Wo ein Zweifel darüber beſteht, muß der Vertrag, wie jedes andere rechtlich erhebliche Factum bewieſen werden.[1])

Die Wirkungen der Novation nach ihrer liberatoriſchen Seite habe ich ſchon in §. 53. ausführlich genug recapitulirt, um hier einfach darauf verweiſen zu können. Ich will hier nur noch an einen Punkt wiederholt erinnern, nämlich die bereits in §. 35. beſprochene Möglichkeit des Fortbeſtehens eines zur Verſicherung der alten Schuld beſtellten Pfandrechts. Schon für das römiſche Recht habe ich dort nachzuweiſen geſucht, daß dazu kein neuer Pfandvertrag, ſondern nur ein Vorbehalt erforderlich iſt, welcher der Novation die Eigenſchaft einer satisfactio benimmt. Für das heutige Recht halte ich dies für unzweifelhaft. Gerade dieſer Vorbehalt iſt es, welcher heutzutage in der Regel durch die Clauſel »ohne Neuerung der Rechte«, oder »ohne Neuerung der Rechte und Vorzüge« ausgedrückt wird.[2]) Damit ſoll die alte Hypothek mit ihrer Priorität conſervirt werden; es braucht daraus noch nicht geſchloſſen zu

1) In der Regel wird daher die Prüfung der Frage, ob Liberation ſtattgefunden hat oder nicht, auch proceſſualiſch in die Beweisinſtanz gehören. Dies ſchließt aber nicht aus, daß da, wo nur beſtimmte Erklärungen oder Handlungen behauptet ſind, aus denen auf das Zuſtandekommen eines liberatoriſchen Vertrages geſchloſſen werden ſoll, über deren Relevanz ſchon im erſten Verfahren zu befinden iſt.

2) Vergl. darüber Beck Formularbuch sect. III. cl. IV. num. 34—36.

werden, daß auch die Fortdauer der persönlichen Schuld beabsichtigt ist; das Eine ist ohne das Andere möglich. Es folgt daraus, daß für einen solchen Vorbehalt auch der Consens des früheren Verpfänders entbehrlich ist, soweit dieser Eigenthümer der Pfandstücke geblieben ist. In den wichtigsten Fällen ist freilich der Uebernehmer der Schuld zugleich Erwerber der Hypothek; dann verliert diese Frage ihre praktische Bedeutung.

§. 78. Verwandlung einer Schuld in ein Darlehn. Die sogenannte Novation durch Ausstellung eines Wechsels.

Wenn der Begriff der Novation, so wie hier geschehen, richtig begrenzt wird, ist der Fall völlig undenkbar, über welchen sich die Gegner der novatio tacita viel Kopfbrechens gemacht haben (S. 267), daß die neue Obligation mit der alten unverträglich sei. Es sind damit diejenigen Combinationen gemeint, welche Sintenis durch die Bezeichnung Schuldverwandelung der Schulderneuerung (Novation) entgegengestellt hat. Ich habe schon S. 332 darauf aufmerksam gemacht, daß unter diesen eigentlich nur eine einzige auf juristisches Interesse Anspruch hat, nämlich die Verwandlung einer Schuld beliebigen Ursprungs in ein Darlehn. Dies ist eine Operation, welche durch einen bloßen Vertrag ohne Zuhülfenahme eines constitutum possessorium oder einer brevi manu traditio effectiver Geldstücke zu Stande gebracht werden kann. Auch wir haben ein Darlehn mit fingirter Numeration, wie ich es schon in §. 51. für das spätere römische Recht nachgewiesen habe. Es ist aber ganz unrömisch, wenn dieses Geschäft nach der gewöhnlichen Vorstellung mit der Novation in Zusammenhang gebracht wird. Auch hier findet allerdings eine Zerstörung der alten Schuld statt, welche durch die neue Darlehnsobligation ersetzt wird; aber diese hat eben den Inhalt der früheren ganz abgestreift, und wird auf das neue Fundament einer fingirten Zahlung gestützt. Der obligatorischen Numeration correspondirt hier eine ebenso fingirte Zahlung als Tilgungsact; deshalb ist der Untergang der alten Schuld nothwendige Voraussetzung für das Zustandekommen der neuen. Von einer besonderen liberatorischen Abrede, wie bei der Novation, kann in diesem Zusammenhange gar nicht die Rede sein.[1])

Aus unserer engeren Begrenzung des Novationsbegriffes ergiebt sich aber noch eine andere Consequenz von nicht geringerer Bedeutung. Weil es eine wesentliche Eigenschaft der Novationsstipulation war, daß sie den Inhalt der älteren Schuld als solchen reproducirte, darum kann

1) Dagegen kann nach den früher festgestellten Grundsätzen auch hier eine für die alte Schuld bestellte Hypothek durch besonderen Vorbehalt conservirt werden.

jetzt daſſelbe Reſultat auch nicht durch den Formalcontract des heutigen Rechts, durch den Wechſel, erreicht werden. Denn dieſer iſt ſeiner Natur nach auf eine inhaltloſe Verpflichtung, auf ein bloßes Summenverſprechen, beſchränkt. Wenn es möglich wäre, eine materielle Verpflichtung beliebiger Art, alſo z. B. aus einem Kaufvertrage, mit Beibehaltung ihrer Urſprungseigenſchaften durch Einfügung einer bloßen Wechſelclauſel in eine wahre Wechſelſchuld zu verwandeln, wie es die Römer vermittelſt der Stipulationsclauſel konnten, dann würde eine ſolche Wechſelobligation auch zur Novation jener obligatio ex emto verwendet werden können. Weil dies nicht möglich iſt, darum kann die Ausſtellung eines Wechſels über eine beſtehende Schuld, auch wenn damit deren gänzliche Tilgung beabſichtigt iſt, niemals den Charakter der römiſchen Novation annehmen. Bei denjenigen Schriftſtellern, welche die Möglichkeit einer Novation durch formloſen Vertrag beſprochen haben,[2]) iſt faſt überall ſtillſchweigend vorausgeſetzt, daß wenigſtens durch den Wechſel oder wohl gar ausſchließlich durch dieſen die römiſche Form erſetzt werden könne. Hierbei iſt der wichtige Unterſchied zwiſchen der Stipulation und dem Wechſel überſehen worden, daß jene die causa des Verſprechens in ſich aufnehmen konnte, dieſer nicht. Nur dadurch aber wurde die Stipulation zu einer novirenden. Bei Berückſichtigung dieſes Gegenſatzes kommen wir alſo gerade zu dem umgekehrten Reſultate: *die Novation im römiſchen Sinne kann heutzutage nur durch formloſen Vertrag, nicht durch den modernen Formalcontract des Wechſels wiedergegeben werden.*

Wenn der neuerdings vielfach erörterte Einfluß eines Wechſelſchluſſes auf die unterliegenden Schuldverhältniſſe unterſucht werden ſoll, ſo iſt es hiernach eine unrichtige Fragſtellung: tritt durch den Wechſel Novation ein oder nicht? Die römiſche Novationslehre liefert für dieſe Frage des heutigen Rechtslebens keine maßgebende Entſcheidung. Wollte man die Analogie des römiſchen Rechts zu Hülfe nehmen, ſo müßte man vielmehr bis zu dem alten Litteralcontract oder der abſtracten stipulatio certae pecuniae des claſſiſchen Rechts zurückgehen, welche wir in §. 31. unterſucht haben. Von dieſer haben wir für den Fall der Delegation mit Sicherheit, für den der Stipulation unter denſelben Partheien mit Wahrſcheinlichkeit nachweiſen können, daß ſie von den Römern nicht als Novationsſtipulation, ſondern als ein dem baaren Gelde gleichſtehendes Zahlungsmittel behandelt wurde. Mit dieſer Vergleichung würde man alſo etwa zu der Einertſchen Vorſtellung von dem Wechſel als einem kaufmänniſchen Papiergelde gelangen. Ich habe indeſſen ſchon in §. 72. vor den Gefahren einer ſolchen, den hiſtoriſchen Zuſammenhang

2) Vergl. die S. 492 citirten Autoren, ſo wie auch Gelpcke in der Zeitſchrift für Handelsrecht, Heft 3. S. 127.

überspringenden Analogie gewarnt, und angedeutet, daß ähnliche Fragen nur aus der eigenen Geschichte des Wechsels beantwortet werden dürfen.

Der Zweifel, um den es sich handelt, ist überhaupt erst durch die neuere Entwickelung des Wechselrechts hervorgerufen worden. Die ältere Zeit kannte neben dem Wechsel gar kein besonderes materielles Substrat, also auch kein Verhältniß zwischen beiden; der Wechsel war selbst ein materielles Rechtsgeschäft, wie jedes andere. Erst seitdem sich die Wechselobligation zu einem reinen Abstractum verflüchtigt hat, konnte die Frage entstehen: was wird nun aus der zu Grunde liegenden causa? Besteht diese neben dem Wechsel mit ihrer eigenthümlichen Wirkung fort, oder wird sie durch den Wechsel absorbirt? Die Möglichkeit einer sogenannten Novation durch Wechsel ist daher kaum vor länger als einem Menschenalter überhaupt zum Bewußtsein gekommen. Eine eigentliche Litteratur über die Frage giebt es erst seit Emanation der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung.[3]) Dadurch erklärt sich, daß die meisten Behandlungen derselben noch an einer gewissen Unreife leiden, und ein für die Entscheidung leitendes Princip vermissen lassen. Das Problem ist eins von denjenigen, für welche die Wissenschaft ihren Recht schaffenden Beruf zu bewähren hat; erst wenn die neuen Erscheinungen des Lebens überall unter klare Begriffe gebracht sind, kann die Lösung gelingen. Ich mache hier keinen höheren Anspruch, als einige Fingerzeige dafür beizubringen.

Der Gegensatz zwischen formeller Wechselverpflichtung und materiellem Schuldgrunde ist, wie ich schon S. 462 angedeutet habe, aus dem Dualismus von Executivproceß und ordentlichem Verfahren entsprungen. Beides waren ursprünglich nur processualisch verschiedene Wege zu demselben Ziele, welches auf dem einen schnell, aber provisorisch, auf dem anderen definitiv, aber langsam erreicht werden konnte. Wechselproceß, wie Separatum, gründeten sich beide auf ein und dasselbe Fundament von materieller Beschaffenheit. Allmählich aber ist die Wechselklage Sitz eines besonderen, von der Hauptobligation verschiedenen Wechsel*rechts* geworden. Wir haben jetzt nicht mehr bloß zwei verschiedene Processe, sondern zwei verschiedene Obligationen, und lassen

3) Ich verweise hauptsächlich auf folgende Abhandlungen und Schriften: Siebenhaar im Archiv für Wechselrecht I. S. 165 folg. 1850 (von höherem Werth als alle späteren). Hoffmann im Archiv für praktische Rechtswissenschaft I. S. 44 folg. 1852. Gelpke in der Zeitschrift für Handelsrecht III. S. 120 folg. 1853. Günther, Num cambio propter debitum a debitore creditori dato prior obligatio exstinguatur Spec. I—III. Lips. 1853, 1854; auch Archiv für Wechselrecht IV. S. 129 folg. Kunze Obligation und Singularsuccession 1856 S. 256. Unger Inhaberpapiere 1857 §. 24. Labenburg im Archiv für Wechselrecht V. S. 122 folg. 1857, und im Archiv für praktische Rechtswissenschaft VII. S. 1 folg. 1860. Hassenpflug, Ueber den Einfluß des Wechsels auf unterliegende Obligationsverhältnisse, Cassel 1858. Biener, Wechselrechtliche Abhandlungen, 1859, bes. S. 413, 414, 426, 427.

demnach nun auch im ordentlichen Proceß den Wechsel als ein eigenes selbstständiges Fundament zu. Dem ursprünglichen Verhältnisse entsprechend aber hat die neue abstracte Wechselobligation den Charakter eines Provisoriums behalten, welches der definitiven Regulirung der Hauptschuld nicht präjudicirt. Gelingt es, durch den Wechsel zu einer Erfüllung der Verbindlichkeit, zu einer Befriedigung des Gläubigers zu gelangen, so ist der Zweck beider Obligationen erreicht. Gelingt es nicht, so besteht auch die ursprüngliche unangetastet fort.

Diesen Gesichtspunkt halte ich für entscheidend in Bezug auf alle verschiedenen Formen des Wechselvertrages, sowohl den eigenen Wechsel, als die Tratte, sowohl die Ausstellung eines Wechsels, als das Indossament und das Accept. Alle diese Formen unterscheiden sich jetzt nur noch durch ihre wechselmäßigen Wirkungen, nicht mehr durch ihre civilrechtliche Function. Diese besteht überall in dem Versuch einer Zahlung, ganz wie ich dies auch schon für das Anweisungsaccept angedeutet habe. Die Partheien können diesen Versuch auch zu einer wirklichen Zahlung erheben, sie können sich mit dem neugeschaffenen Wechselcredit begnügen, und dagegen die frühere Obligation definitiv aufheben. Dann geschieht dies aber durch einen besonderen, außer dem Wechselschluß liegenden, liberatorischen Vertrag, welcher jedesmal besonders bewiesen werden muß. Er kann wiederum in jeder beliebigen Form, sei es ausdrücklich oder stillschweigend, geschlossen werden. Bei der Interpretation des Willens der Partheien mögen dann auch vorkommendenfalls die Gewohnheiten des Handelsstandes berücksichtigt werden. [4]) Aus diesen eine allgemeine Rechtsregel abzuleiten, halte ich aber um so mehr für bedenklich, als seit Einführung der allgemeinen Wechselfähigkeit der Wechsel einer viel allgemeineren und mannichfaltigeren Verwendung fähig geworden ist, welche sich einer Beurtheilung aus besonderen Usancen vollständig entzieht.

Dieser facultativ-liberatorische Vertrag hat nun allerdings mit der römischen Novation große Aehnlichkeit. Hier wie dort haben die Partheien zwischen zwei Möglichkeiten zu wählen. Entweder die eine Obligation wird durch die andere ersetzt, oder beide bestehen neben einander, duae sunt obligationes. Dennoch unterscheidet sich diese sogenannte Novation durch Wechsel von der römischen wesentlich dadurch, daß die neue Obligation nicht denselben Inhalt hat, wie die alte. Dieser Unterschied zeigt sich denn namentlich in den Modalitäten, welche durch das fortdauernde Nebeneinanderbestehen beider Obligationen hervorgerufen werden können. Dieses Verhältniß ist, wie wir gesehen haben, bei dem römischen Institut ziemlich einfach. Beide Obligationen gehen demselben Schicksal entgegen; mit der Erfüllung der einen wird auch die andere erfüllt.

4) Vergl. darüber Malß: Ausgewählte Gutachten der Handelskammer zu Frankfurt a. M., 1854, zehntes bis dreizehntes Gutachten.

Anders gestaltet sich die Coexistenz zwischen der abstracten Wechselschuld und ihrem materiellen Substrat. Der Wechsel äußert hier auch in der Zwischenzeit mannigfachen Einfluß auf die Geltendmachung der Hauptobligation. Zunächst suspendirt er dieselbe so lange, bis die Nichterfüllung der Wechselobligation feststeht. Nicht als ob der Verfalltag des Wechsels als ein dies in die alte Schuld übertragen würde; es kann auf diese überhaupt nicht zurückgegangen werden, so lange die Möglichkeit einer Realisirung des provisorischen Zahlungsmittels offen ist. Sodann complicirt sich das Verhältniß durch die regelmäßige Circulationsfähigkeit des Wechsels. Wenn der Gläubiger ihn an einen Andern begeben hat, so steht wiederum sein endliches Schicksal noch nicht fest. Erst wenn er ihn wieder eingelöst hat, ist der Versuch der Zahlung durch den Wechsel definitiv gescheitert. Erst dann wird die Hauptschuld wieder wirksam. Sie lebt nicht etwa ex nunc wieder auf, nachdem sie einstweilen aufgehoben gewesen wäre, sondern sie erhält ex tunc ihre Geltung wieder, weil die Bedingung, unter welcher sie zur Ruhe bestimmt war, nicht eingetreten ist. Auf die fernere Eventualität, daß das Wechselrecht durch Schuld des Gläubigers (Präjudiz oder Verjährung) verloren geht, kann hier nicht näher eingegangen werden.

§. 79. Der Anerkennungsvertrag. Schuldschein und causa debendi.

Wenn wir nunmehr zu der obligatorischen Seite der heutigen Novation übergehen, so haben wir, wie bemerkt, die beiden verschiedenen Fälle derselben zu sondern. Die Novation unter denselben Partheien liefert als obligatorisches Resultat eine Agnition, die mit einem neuen Schuldner eine Succession. Wir beschäftigen uns zunächst mit der ersteren.

Die Agnition war, wie ich in §. 49. nachgewiesen habe, schon bei den Römern nicht mehr ausschließlich an die Stipulationsform gebunden. Sie konnte mit gleichem Erfolge in der Form des Constituts zu Stande gebracht werden. Beides waren nur Mittel, um für die neue Obligation eine Klage zu gewinnen, einmal die actio ex stipulatu, einmal die actio de pecunia constituta. Der Inhalt des Vertrages war in beiden Fällen derselbe. Im heutigen Recht sind diese Formen beide verschwunden; wir haben keine Stipulation mehr, aber auch ebensowenig ein constitutum. Was uns geblieben ist, ist nur das in diesen Formen verkörperte materielle Rechtsgeschäft, der obligatorische Anerkennungsvertrag. Ich habe schon S. 459 die heutige Bürgschaft in Vergleichung gezogen; auch bei dieser ist das Verhältniß ganz dasselbe, wir haben weder die Form der fidejussio, noch des constitutum debiti alieni, sondern nur das beiden zu Grunde liegende materielle Substrat.

Das wesentliche Element der Anerkennung in diesem Sinne besteht in der vertragsmäßigen Reproduction des Inhalts der älteren Schuld. Die Partheien consentiren über dasselbe Object noch einmal; der Schuldner übernimmt dafür eine zweite Verpflichtung, der Gläubiger nimmt sie an, sei es neben der alten, sei es an Stelle derselben. Nur im letzteren Falle findet Novation statt; im ersteren gilt der Satz der l. 2. h. t.: duae sunt obligationes. Immer aber giebt die Anerkennung ein neues selbstständiges Obligationsfundament; es kann aus ihr allein geklagt werden.

Welcher Ausdruck dem obligatorischen Consense gegeben wird, ist für das Wesen der Sache gleichgültig. Mag der Schuldner sagen: ich bekenne, hundert schuldig zu sein, oder ich verspreche, hundert zu bezahlen, es kommt immer nur darauf an, ob die Absicht auf eine neue vertragsmäßige Verpflichtung gerichtet ist. Der Schuldner, der im Gespräch oder Briefwechsel mit seinem Gläubiger beiläufig des bestehenden Schuldverhältnisses erwähnt, giebt ebensowenig ein obligatorisches Anerkenntniß ab, wie derjenige, der auf geschehene Mahnung um Nachsicht bittet, oder endliche Zahlung verheißt. In allen diesen Fällen fehlt es an dem bewußten Willen der Partheien, eine neue Obligation einzugehen. Alle derartige mündliche oder schriftliche Aeußerungen können unter Umständen als Beweismittel für das frühere obligatorische Fundament in Betracht kommen. Unzweifelhaft kann auch ein wirklicher Anerkennungsvertrag als solches benutzt werden. Dies ist aber ein Gesichtspunkt, der uns hier gar nicht interessirt. Wir sprechen nur von dem darin liegenden neuen Verpflichtungsgrunde.

Die neue Obligation ist zwar ihrem Objecte, aber nicht ihrer inneren Natur nach mit der früheren identisch. Wer aus dem Anerkenntnisse einer Kaufgeldschuld klagt, erzielt damit im Resultate allerdings Befriedigung für seine Ansprüche aus dem Kauf, aber der Weg, der ihn zu dieser Befriedigung führt, ist ein anderer, als wenn er aus dem Kaufvertrage selbst klagte. Die Verschiedenheiten erstrecken sich nicht mehr, wie bei den Römern, auf die processualische Natur der Rechtsmittel, actio venditi einerseits, actio ex stipulatu und actio de pecunia constituta andererseits. Aber sie bestehen fort in Bezug auf den Inhalt des Klagefundaments und demzufolge auch die Beweislast. Wer sich auf einen Anerkennungsvertrag stützt, ist nicht etwa bloß in der Lage des Verkäufers, der das Fundament der actio venditi erwiesen hat, sondern sein neuer Klaggrund kann nur nach den Grundsätzen der condictio indebiti angefochten werden, d. h. durch den Beweis einer Nichtschuld und eines entschuldbaren Irrthums. Beides ist nicht Gegenbeweis, sondern Einredebeweis.

In diesem einen Hauptresultat stimme ich vollständig mit Bähr überein, der sich um die Charakteristik des obligatorischen Anerkennungs-

vertrages, im Gegensatz zu bloßen Beweismitteln, ein unbestreitbares, bleibendes Verdienst erworben hat. Dagegen weiche ich von ihm um so entschiedener in einem anderen Punkte ab, der nicht bloß für die theoretische Auffassung des Ganzen, sondern auch für die Beurtheilung der Bedingungen, von welchen in jedem einzelnen Falle die obligatorische Wirkung abhängt, von der größten Bedeutung ist. Bähr erklärt bekanntlich die Anerkennung für einen modernen Formalcontract, in welchem von der zu Grunde liegenden causa völlig abstrahirt und die Schuld zu einem inhaltlosen Summenversprechen erhoben werde. Diese Lehre hat auch von anderen Seiten lebhaften Widerspruch erfahren, und beruht in der That auf einer Verkennung der Stellung, welche das Institut im heutigen Recht einnimmt. Der Irrthum beginnt bei Bähr schon in der Darstellung der römischen Grundlagen, indem er die Novationsstipulation als ein von dem Bestande der älteren Schuld völlig unabhängiges obligatorisches Fundament ansieht. (Vergl. S. 275). Wir haben gesehen, daß dieselbe im Gegentheil ursprünglich ganz denselben Anfechtungsmitteln ausgesetzt war, wie die Obligation, welche sie reproducirte. Erst in der nachclassischen Periode begann jene Umbildung, welche dem auf die Befestigung der Schuld gerichteten Willen der Partheien zu einer selbstständigen Bedeutung verhalf. Und zwar knüpfte sich diese nicht an die formale Wirkung der Stipulation, welche gerade mehr und mehr ihrem Absterben entgegen ging, sondern an ihren materiellen Inhalt, an die specialis causae explanatio, welche früher nur Beweismittel gewesen war, und nun zu einem neuen Verpflichtungsgrunde erhoben wurde.

Der Anerkennungsvertrag ist also kein Formalcontract, sondern ein materielles Rechtsgeschäft. Er beruht nicht auf einer Abstraction von der causa der früheren Schuld, sondern auf einer Reproduction derselben, so daß sich die Eigenthümlichkeit der alten Schuld in der neuen fortsetzt. Die bloße Erklärung: ich bekenne hundert schuldig zu sein, oder: ich verspreche hundert zu bezahlen, enthält noch keine Anerkennung, sondern es kommt darauf an, daß die neue Obligation durch Bezugnahme auf die frühere specialisirt wird. Dabei ist es allerdings nicht nöthig, daß das ganze Detail des ersten Obligationsfundaments recapitulirt wird; es soll ja nur das einseitige Resultat desselben, die Forderung des einen Theils, die Schuld des anderen von Neuem fixirt werden. Wohl aber müssen die Partheien über eine concrete, individuelle Obligation einig sein, welche in dem Schuldbekenntnisse fortleben soll. Auch solche Erklärungen: ich bekenne aus einem Kaufvertrage, oder für verkauften Weizen hundert schuldig zu sein, sind daher nur unter der Voraussetzung wahre Anerkennungsverträge, daß ein specielles Kaufgeschäft über Weizen in dem gemeinschaftlichen Bewußtsein

beider Theile zu Grunde liegt. Mag dann dieſes Bewußtſein ein fehlerhaftes, ein irriges ſein; die neue Obligation bleibt immer ſo lange bei Kräften, bis dieſer Irrthum, und zwar ein entſchuldbarer, bewieſen wird. Am meiſten verſchwindet der beſondere Inhalt des älteren Fundaments, wenn ſich die Anerkennung auf mehrere, ſei es gleichartige, ſei es verſchiedene Verpflichtungen zuſammen erſtreckt; alſo z. B. wenn die Rechnung eines Handwerkers oder der Saldo eines Kaufmanns anerkannt wird, welchem eine Reihe einzelner, ſelbſtſtändiger obligatoriſcher Rechtsgeſchäfte zu Grunde liegt. Auch kann damit eine Ausgleichung von Forderungen und Gegenforderungen, ein Compenſationsvertrag über hin- und hergehende Schuldverhältniſſe, verbunden werden, ſo daß das Geſchäft die Geſtalt einer ſogenannten Abrechnung annimmt. In allen dieſen Fällen repräſentirt die Anerkennungsſchuld eine arithmetiſche Summe oder Differenz aus dem ganzen Complex von einzelnen Poſten, welche dafür in ihrer Geſammtheit das relatum abgeben. Aber auch hier bleibt daſſelbe in dem referens erkennbar, und es kommt weſentlich darauf an, daß die Partheien ſich des Umfanges der in die neue Verbindlichkeit übergeführten Obligationen bewußt ſind, mag derſelbe den ganzen Kreis ihrer Geſchäftsverbindung, oder nur einen beſtimmten Abſchnitt derſelben umfaſſen.

Der beſondere, relativ beſtimmte, Inhalt der Anerkennungsſchuld grenzt das Geſchäft auch nach ſeiner obligatoriſchen Seite wiederum gegen andere ab; ſo zunächſt gegen die Verwandlung einer Schuld in ein Darlehn. Dieſe hat allerdings im Endreſultat einen ähnlichen praktiſchen Erfolg. Wer ſich auf ein Darlehn mit fingirter Numeration ſtützt, braucht nicht auf den rechtlichen Beſtand der dazu verwendeten Schuld zurückzugehen, ſondern hat nur die conventio zu erweiſen, ut crediti nomine eam pecuniam retineas. Dazu gehört ebenſo, wie bei der Anerkennung, nur das gemeinſchaftliche Bewußtſein beider Contrahenten von einer individuellen, als beſtehend vorausgeſetzten Schuld. Soll dieſe Vorausſetzung angefochten werden, ſo kann es wiederum nur unter den Bedingungen einer condictio indebiti geſchehen. Nur hat dieſe hier nicht die Natur einer condictio indebiti promissi, ſondern vielmehr einer condictio indebiti soluti. Denn jene Schuld gilt als bezahlt, damit das bezahlte Geld als Darlehnsvaluta zu dem Gläubiger zurückkehren könne.[1])

Auch die Ausſtellung eines Wechſels über eine beſtehende Schuld enthält an ſich keine Anerkennung derſelben. Denn die formale Wechſel-

1) Man braucht deswegen die Anfechtung der Darlehnsſchuld aus dieſem Grunde noch nicht, wie Fein (Beiträge zu der Lehre von der Novation S. 46) thut, als eine eigentliche Compenſationseinrede zu qualificiren. Die frühere Schuld ſteht auch hier mit dem neu geſchloſſenen Darlehn noch in unmittelbarem Zuſammenhange, ſo daß ihre Ungültigkeit vielmehr in allgemeinerem Sinne eine exceptio doli abgiebt.

schuld ist eben eine inhaltlose; es fehlt ihr an der specialisirenden Bezugnahme auf die frühere Obligation. Der Gegensatz hat hier auch erhebliche praktische Consequenzen. Wer sich durch den Formalcontract in die Lage bringt, eine abstracte Geldsumme schuldig zu sein, kann dieser Verpflichtung allerdings nur mit einer aus dem Causalvertrage zu begründenden condictio wieder ledig werden. Hat er also solvendi causa einen Wechsel acceptirt oder ausgestellt, den er bei einem Dritten oder dem Gläubiger selbst einlösen muß, so kann er weder den Wechsel, noch das etwa gezahlte Geld anders als mit einer condictio indebiti, d. h. durch den Nachweis von Nichtschuld und Irrthum zurückerhalten. Denselben Gesetzen folgt auch seine Einrede, soweit er sich damit gegen die Wechselklage vertheidigen kann. Alles dies gilt aber nur so lange, als die formelle Wechselschuld besteht; geht diese dem Gläubiger ohne eine wirkliche Befriedigung verloren, also z. B. durch Präjudiz oder Verjährung, so kann er nur auf das ursprüngliche Obligationsfundament zurückgehen. Die dazwischen liegende Thatsache einer Wechselausstellung kann ihm allenfalls als Hülfsmittel bei dem Beweise dienen, aber sie giebt ihm nun keinen selbstständigen Klaggrund mehr, welchem der Schuldner durch Einredebeweis begegnen müßte. Der Wechsel kann nicht, wie Bähr (Anerkennung S. 275, Note 4.) annimmt, subsidiär als Schuldschein benutzt werden. [2])

Dies sind die Resultate, welche das römische Recht für die positive Charakteristik des Anerkennungsvertrages liefert. Es bleibt der Bährschen Theorie gegenüber noch eine andere Frage offen, nämlich: Giebt es im heutigen Recht — außer dem Wechsel — überhaupt noch andere Formalcontracte, durch welche die Partheien willkürlich ein von seiner causa unabhängiges Forderungsrecht constituiren können? Wenn diese Frage zu bejahen wäre, so würde diesen modernen Formalcontracten allerdings immer die Eigenschaft der Agnition in dem bisher festgestellten Sinne abzusprechen sein; sie müßten aber neben derselben in einer verwandten Function berücksichtigt werden, und zwar sowohl nach der obligatorischen Seite, als auch unter Umständen, ähnlich wie der Wechsel, nach der liberatorischen. Bähr schreibt schon dem bloßen Willen der Partheien ohne äußere Hülfsmittel die Fähigkeit zu, das einfache Versprechen isolirt zu einem vollendeten Vertrage zu erheben; die Kraft des verpflichtenden Willens sei dadurch nicht geringer geworden, daß er jetzt von den Fesseln der römischen Formen befreit sei. (Anerkennung S. 155.) Diese Anschauung liegt seiner Unterscheidung von positiv- und negativformellen Verträgen (a. a. O. S. 27) zu Grunde; positiv-formell nennt

2) Auch dann nicht, wenn er etwa das Bekenntniß enthält: Valuta empfangen, denn dieses liefert immer noch nicht die Reproduction eines vorausgehenden individuellen Schuldgrundes.

er diejenigen, deren Wirksamkeit von der Beobachtung der Form abhängt; negativ-formell diejenigen, welche ein von der causa unabhängiges Resultat erzielen. Der Gegensatz würde nur dann Bedeutung haben, wenn es obligatorische Verträge gäbe, welche negativ-formell wirkten, ohne zugleich positiv-formell construirt zu sein. Eine gleiche Ansicht hat neuerdings mit besonderer Schärfe Witte (Bereicherungsklagen §. 32.) ausgesprochen, indem er ein aus seinem natürlichen Zusammenhange losgelöstes einfaches Versprechen einen »einseitigen Consensualvertrag« nennt. Hier liegt aber eine Verkennung des Wesens der obligatorischen Verträge zum Grunde. Das moderne Princip der allgemeinen Klagbarkeit hat allerdings den Willen der Partheien überall von dem Zwange der Form entbunden; aber es berücksichtigt, wie ich schon S. 483 angedeutet habe, überall nur den Willen in seiner Totalität. Unvollständige Verträge, isolirte Elemente derselben, haben nur vermöge besonderer Umstände rechtliche Wirkung, die eine Spaltung des Gesammtinhalts ausführbar machen. Derselbe Wille, aus welchem das Ganze entspringt, kann es nicht gleichzeitig theilen; die Theile würden immer wieder zusammenfließen, wie wenn man aus einem Glase Wasser die Hälfte herausnehmen wollte, ohne sich dazu eines zweiten Gefäßes zu bedienen. Ueberall, wo ein einseitiger Bereicherungsact von seiner causa losgelöst wird, geschieht es entweder vermöge der besonderen Beschaffenheit des Objects, wie bei der Eigenthumsübertragung, der Delegation, oder der heutigen Cession, oder aber vermittelst einer durch das positive Recht privilegirten Form. Das Letztere ist der einzige Weg, wenn das Object in einem abstracten Forderungsrecht zwischen den contrahirenden Partheien bestehen soll, wenn das einfache Versprechen: ich will Dir hundert zahlen, zur Klagbarkeit erhoben werden soll.[3])

Die Nothwendigkeit, irgend eine Form für die Isolirung des einfachen Versprechens zu Hülfe zu nehmen, zeigt sich denn auch bei den genannten Schriftstellern sogleich, wenn von der Theorie ein praktischer Gebrauch gemacht wird. Es handelt sich eigentlich nur um das schriftliche Versprechen, um den Schuldschein. Die vorhin aufgeworfene Frage reducirt sich dadurch auf folgende Gestalt: hat neben dem Wechsel auch der einfache Schuldschein, die schriftliche cautio indiscreta ohne sonstige Form, nach heutigem Recht die Kraft, ein einfaches Versprechen klagbar zu machen? In diesem beschränkteren Sinne hat auch Brinz (Pandekten I. §. 100.) sich den Vertheidigern der Bährschen Ansicht zugesellt. Damit ist aber die Frage zugleich auf das rein historische Gebiet zurückgeführt; und hier kann es kaum einem Zweifel unterliegen, daß sie verneinend entschieden werden muß. Der Fall eines Schuldbekennt-

3) Aehnlich spricht sich auch Schlesinger (Formalcontracte §. 10.) aus.

nisses in Schriftform war gerade derjenige, auf welchen die Vorschrift der l. 25. §. 4. de probationibus von der älteren Lehre ausschließlich bezogen wurde, indem sie sagte: ein Schuldschein ohne causa debendi beweist nicht. Die Mißverständnisse, welche das römische Recht in diesem Punkte lange erfahren hat, können gewiß am wenigsten zu einem Beweise dafür benutzt werden, daß sich darunter eine selbstständige Rechtsentwickelung im entgegengesetzten Sinne verborgen hat.

Im Gegentheil hat die bloße schriftliche Form selbst da, wo ihr anscheinend im römischen Recht eine selbstständig verpflichtende Kraft wirklich zukam, diese im neueren Recht verloren. Ich habe im §. 51. die Ansicht vertheidigt, daß das schriftliche Empfangsbekenntniß eines Darlehns nach eingetretener Verjährung der exceptio non numeratae pecuniae im Justinianischen Recht eine absolute, auch durch eigentliche Einreden nicht mehr anfechtbare, Verpflichtung erzeugt habe. Dies war aber schon dort eine, nur durch den vorangegangenen Entwickelungsproceß erklärbare Anomalie, welche mit dem Bewußtsein ihres historischen Zusammenhanges verloren gegangen ist. Die neuere Theorie und Praxis hat den Schuldschein auch in dieser Gestalt nur als Beweismittel behandelt, dessen Kraft innerhalb der zweijährigen Frist gänzlich suspendirt, nach Ablauf derselben aber nur soweit hergestellt ist, daß sie durch vollständigen Gegenbeweis (mit Ausschluß der Eidesdelation) zu entkräften ist. Ich halte es für unbedenklich, daß diese Auffassung der communis opinio für das heutige Recht als maßgebend anerkannt werden muß; so daß die exceptio non numeratae pecuniae in allen ihren Stadien eine reine Beweiseinrede geworden ist. Demnach ist das Bekenntniß, baare Valuta empfangen zu haben, auch nur für ein effectives Darlehn von Werth. Will sich der Gläubiger statt dessen auf eine zu fingirter Numeration verwendete causa antecedens stützen, so muß er die conventio ut credita pecunia fiat auf anderem Wege erweisen.

Eine genauere Untersuchung aller einschlagenden Fragen kann hier nicht unternommen werden. Wir können mit dem Resultat abschließen, daß auch der schriftliche Anerkennungsvertrag ganz den vorhin entwickelten allgemeinen Regeln folgt. Die Bezugnahme auf ein individuell erkennbares früheres obligatorisches Fundament (oder einen Complex von solchen) ist wesentliche Bedingung für die Begründung einer neuen Klage mit der angegebenen Wirkung. Nur darf nicht vergessen werden, daß der Anerkennungsvertrag, wenn er in einer Urkunde unvollständig niedergelegt ist, darum nicht völlig unwirksam wird. An sich kann er ebenso gut mündlich wie schriftlich geschlossen, und daher selbstverständlich eine mangelhafte Urkunde durch den Beweis eines vollständigen mündlichen Vertrages ergänzt werden. In dem Falle allein, wenn es sich um Zulassung des Executivprocesses handelt, kommt die Frage zur Prüfung,

ob auch in der Urkunde jene Bezugnahme auf die causa antecedens mit derjenigen Vollständigkeit ausgedrückt ist, wie es die Natur des Anerkennungsvertrages erfordert.

§. 80. Die Passivsuccession im heutigen Recht.

Die Auffassung des Novationsfalles mit Veränderung des Schuldners als einer wahren Passivsuccession ist der Punkt, in welchem ich mich am weitesten von der herrschenden Lehre entfernt habe. Ich will hier nicht auf die im §. 55. besprochenen Principienfragen über den Begriff der Succession und seine Anwendung auf obligatorische Rechte und Verpflichtungen zurückkommen, sondern mich darauf beschränken, diejenigen Consequenzen aus der gewonnenen Grundanschauung anzudeuten, in welchen die Differenz von praktischer Bedeutung wird.

Nach der bis jetzt allgemein geltenden Theorie des römischen Rechts ist es vollständig unmöglich, daß eine Obligation unter Bewahrung ihres eigenthümlichen Inhalts auf einen neuen Schuldner übertragen werde. Es giebt nicht nur dem Begriffe nach, sondern auch dem praktischen Resultat nach keine Passivsuccession. Wenn insbesondere der Gläubiger sich dasselbe Object, was er von dem Einen zu fordern hatte, von einem Andern versprechen läßt, so wird dieser neuen Obligation zwar nicht die verbindliche Kraft abgesprochen, aber sie kann niemals dieselben Eigenschaften behalten, wie die frühere. Mag die Absicht der Partheien noch so sehr auf einen solchen Erfolg gerichtet sein, sie können ihn nicht erreichen. Die Wissenschaft antwortet ihnen immer: ihr habt eine Novation geschlossen, und zwar eine novatio cum delegatione; diese aber giebt ein ganz neues obligatorisches Fundament, welches mit dem früheren in gar keinem Zusammenhange steht, und welches euch in keinem Fall auf den ersten Schuldgrund zurückzugehen erlaubt. Also z. B.: Der Käufer eines Grundstücks, welcher eine darauf haftende Hypothekenschuld in partem pretii übernommen hat, begiebt sich zu dem Gläubiger und bittet ihn, das Kapital »stehen zu lassen.« Der Gläubiger genehmigt dies und läßt sich einen »Folgebrief«[1]) ausstellen, worin der Uebernehmer sich als sein »nunmehriger Schuldner« für das Kapital bekennt. Oder: Der Erwerber eines kaufmännischen Geschäfts zeigt den Handlungsgläubigern durch ein Circular an, daß er dessen sämmtliche Activa und Passiva übernommen habe, bittet ihm den laufenden Credit zu gewähren, verspricht prompte Zahlung u. s. w. Die Gläubiger antworten, daß sie damit einverstanden sind, vielleicht auch, daß sie den neuen Inhaber der Handlung in ihren Büchern als den Belasteten vermerkt haben, oder

1) Dies ist in Neuvorpommern und Rügen der übliche Ausdruck für Urkunden dieser Art. Vergl. Delbrück Uebernahme S. 19 und das S. 128 Note 1 mitgetheilte Formular.

Aehnliches, woraus sich die Elemente eines Vertrages mit dem Schuldübernehmer ergeben. In diesen und allen ähnlichen Fällen soll die neu eingegangene Obligation gar nichts mit der früheren gemein haben, nicht mehr, als wenn der neue Schuldner sich für den nackten Geldbetrag derselben durch ein Anweisungs- oder Wechselaccept verpflichtet hätte.

Wenn diese Lehre den wahren Inhalt des römischen Rechts darstellte, so wäre es den heutigen Juristen nicht zu verargen, wenn sie zu dem Schlusse kämen: ein solches Recht können wir nicht brauchen. Aber die fein distinguirenden Römer würden auch eine Theorie, welche auf diese Weise alle Unterschiede in der Willensrichtung der contrahirenden Partheien ignorirt, niemals als die ihrige anerkennen. Meine ganze frühere Darstellung ist auf den Nachweis gerichtet gewesen, daß hier zwei schon im römischen Recht scharf von einander gesonderte Rechtsgeschäfte zusammengeworfen sind. In dem einen Falle hat die neue Obligation einen selbstständigen, absoluten Inhalt; sie ist auf eine abstracte Leistung gerichtet. In dem anderen ist sie nur relativ bestimmt, und bleibt von dem relatum abhängig; es wird das Object der alten Schuld als solches versprochen. Jenes ist der Fall der reinen Delegation, dies der der Novation. Wir haben uns früher mit der Verschiedenheit der liberatorischen Wirkung beider bei den Römern beschäftigt; jetzt haben wir es nur mit der obligatorischen zu thun. Hier besteht der Gegensatz vor Allem darin, daß gegen die Novationsstipulation dieselben Einreden zulässig waren, wie gegen die frühere Schuld, gegen die reine Delegationsstipulation nicht. Es ist einfach ein Mißverständniß des römischen Rechts, wenn man den für die letztere gültigen Grundsatz auf den Fall der Novation überträgt. Diese erzeugte vielmehr keine originäre, sondern nur eine derivative Verpflichtung des neuen Schuldners.

Ich habe in §. 69. ferner nachgewiesen, daß die Novationsstipulation mit einem Wechsel des Schuldners dem Gläubiger auch nicht in dem Sinne ein befestigtes Obligationsfundament lieferte, wie die unter denselben Partheien. Sie enthielt kein Anerkenntniß der früheren Schuld. Vielmehr setzt der obligatorische Anerkennungsvertrag, wie wir ihn im vorigen Paragraphen analysirt haben, wesentlich voraus, daß eine eigene Schuld des Contrahenten erneuert wird.[2]) Der neue Schuldner, welcher sich für das Object einer fremden Verbindlichkeit verpflichtet hat, braucht nicht erst einen Irrthum nachzuweisen, um mit seiner Vertheidigung auf den älteren Schuldgrund zurückzugehen. Er kann nur mit Hülfe dieses älteren Fundaments selbst angegriffen werden. Es steht ihm noch jetzt frei, was dem Agnoscenten einer eigenen Schuld verboten wurde, causae probationem exigere. Im römischen Recht entsprang aus

2) Dies ist ein Satz, welchen auch Bähr keineswegs richtig erkannt hat. (Siehe Anerkennung S. 165, 166.)

der Stipulation wenigstens processualisch eine neue Klage, welche nur in ihren materiellen Rechtsfolgen von der früheren abhing. Im heutigen Recht ist auch dieser Unterschied verschwunden. Der Nachweis der älteren Schuld gehört jetzt mit zum Klagefundament des Gläubigers, der sich an den Schuldübernehmer halten will. Das neue Versprechen des letzteren bestimmt nur die Passivlegitimation. Gerade wie der Cessionar nicht aus der Cession allein, sondern nur aus ihr in Verbindung mit der cedirten Forderung klagen kann, gerade so muß der Gläubiger hier außer der Novation das Ursprungsfundament der novirten Obligation darthun.

Diese Parallele mit der Cession macht es am besten verständlich, wieweit die Novation in dieser Anwendung auch dem praktischen Resultate nach den Namen einer Succession verdient. Sie vermittelt in der That nur den Uebergang der Schuld von der einen Person auf die andere, wie die Cession den Uebergang der Forderung. Der Bestand der Obligation selbst, ihr Inhalt und demzufolge ihre Klagbarkeit bleibt in beiden Fällen von dem Entstehungsgrunde derselben abhängig. Auf der anderen Seite ist die Vergleichung mit der Cession auch wiederum besonders geeignet, die wesentlichen Verschiedenheiten klar zu machen, welche zwischen der Activ- und Passivsuccession bestehen geblieben sind. Der Cessionar erwirbt das abgetretene Recht durch den einfachen Vertrag mit seinem auctor; er bedarf keines von dem Successionsgrunde verschiedenen modus acquirendi. Anders bei der Novation; diese bildet vielmehr einen selbstständigen, von dem Rechtsvorgange zwischen dem auctor und successor getrennten Vollzugsact, einen modus obligandi, durch welchen die Succession erst vollendet wird. Und zwar geschieht dieser Vollzugsact hier nicht zwischen den wechselnden Personen allein, sondern die Passivsuccession kann nicht ohne Mitwirkung des Gläubigers zu Stande kommen. Wir haben gesehen, daß diese Mitwirkung nicht nur für die liberatorische, sondern auch für die obligatorische Seite der Succession erforderlich war. Jedes dieser Elemente hat die Natur eines Vertrages zwischen dem Gläubiger und dem Schuldübernehmer. In ihrer Combination zu einem einheitlichen Rechtsact stellen sie den Fall der Novation dar. Die Obligation kann aber auch von der Liberation getrennt werden; dann ist diese nur noch in der Form eines Vertrages zwischen dem Gläubiger und dem früheren Schuldner, durch eine Exnexuation, möglich.

Alle diese Sätze sind für das römische Recht unstreitig; es kann die weitere Frage erhoben werden, ob sie für das heutige Recht eine Aenderung erlitten haben. Gerade in dieser Richtung hat Delbrück eine solche behauptet, und in so imponirender Weise begründet, daß ihm auch ein großer Theil seiner Gegner darin gefolgt ist. Delbrück

definirt[3]) als Uebernahme einer Schuld den Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Schuldner, durch welchen sich beide in der Uebertragung der Schuld aus dem Passivvermögen des Einen in das des Anderen einigen. Diesem Vertrage allein legt er die volle Wirkung der Succession bei, dem etwanigen Beitritt des Gläubigers nur gewisse nebensächliche Erfolge. Ich will hier nicht näher auf die — wie ich glaube, von anderer Seite siegreich wiederlegte — theoretische Unterscheidung eingehen, welche er zwischen der übertragbaren Schuld nach deutscher Auffassung und der unübertragbaren Obligation im römischen Sinne macht, um dadurch die fortdauernde Haftung des alten Schuldners dem Gläubiger gegenüber zu erklären. Vielmehr genügt es, an die hauptsächlichen praktischen Resultate seiner Auffassung anzuknüpfen. Im Verhältnisse des Uebernehmers zum Schuldner ist nach seiner Ansicht mit dem Uebernahmevertrage Alles erledigt: die Uebernahme hat die materielle Function der Zahlung, aber der Uebernehmer ist nicht verpflichtet, den Schuldner definitiv zu befreien, sondern nur ihn zu vertreten, wenn er von dem Gläubiger noch in Anspruch genommen werden sollte.[4]) Der Gläubiger aber ist befugt, bloß auf Grund der Uebernahme unmittelbar gegen den Uebernehmer zu klagen,[5]) welcher sich dabei derselben Einreden bedienen kann, wie der frühere Schuldner.[6])

Der letzte Punkt — Fortdauer der Einreden — ist derjenige, dessen Geltung ich eben auch für die römische Novationstheorie in Anspruch genommen habe. Im Uebrigen halte ich jene Sätze auch im heutigen Recht nicht für richtig. Die wichtigste und zweifelhafteste Frage ist die, ob der Gläubiger aus dem Vertrage zwischen Schuldner und Uebernehmer allein eine Klage hat. Dies behauptet mit Delbrück u. A. auch Kuntze (Obligation und Singularsuccession S. 333). Nicht ganz soweit ist Windscheid gegangen (Kritische Ueberschau I. S. 45, 46. Actio S. 209 folg.), indem er diese Wirkung zwar von der Zustimmung des Gläubigers abhängig macht,[7]) und fordert, daß der Wille des Uebernehmers auf eine Verpflichtung ihm gegenüber gerichtet sei, aber nicht, daß er auch ihm gegenüber ausgesprochen werde. Die Frage hängt mit der bestrittenen Materie nach der Wirkung von Verträgen zu Gunsten eines Dritten zusammen, welche hier erschöpfend zu erörtern nicht meine Absicht sein kann. Delbrück hat für einzelne Fälle der Uebernahme,

3) Uebernahme S. 18.

4) A. a. O. Dritter Abschnitt.

5) A. a. O. Fünfter Abschnitt.

6) A. a. O. Sechster Abschnitt. I.

7) Diese Zustimmung soll dann aber zugleich den zweiten Erfolg haben, den Schuldner zu liberiren.

namentlich die einer Universalsuccession sich nähernden, z. B. Erbschaftskauf, eine selbstständige Entwickelung des neueren Rechts im Sinne seines Princips völlig überzeugend nachgewiesen. Doch ist seine Induction wohl nicht vollständig genug, um zu einer allgemeinen Anerkennung desselben zu nöthigen. Wenn er sich aber außerdem auf das Bedürfniß des Verkehrs beruft, so kann ich ihm darin noch weniger beistimmen. Diesem ist mit der Möglichkeit einer Succession überhaupt, d. h. einer Aufrechthaltung der Obligation mit ihren früheren Eigenthümlichkeiten genug gethan. Durch die Nothwendigkeit eines Successionsacts in der Form eines Vertrages zwischen Gläubiger und Uebernehmer geht dieser Gewinn nicht verloren.[8]) Dieser Vertrag ist allerdings heutzutage kein Formalact mehr, er kann ohne alle Form durch stillschweigende Willenserklärung von der einen, wie von der anderen Seite geschlossen werden. Auch wird es in den complicirten Verhältnissen des heutigen Handelsverkehrs nothwendig werden, den speciellen Consens von Contrahent zu Contrahent unter Umständen durch öffentliche Erklärungen an das Publicum zu ersetzen. Selbst in diesen Fällen aber sollte Gesetzgebung und Wissenschaft vielmehr bestrebt sein, dem Verkehr mit Schulden den Vorzug eines gesondert erkennbaren Successionsactes zu erhalten, den der Verkehr mit Forderungen nicht zum Vortheil der Rechtssicherheit entbehren muß.[9])

Wenn ich hiernach die Grundlage des römischen Rechts, nach ihrer berichtigten Auffassung, überall festhalten zu müssen glaube, so bleibt noch der eine Punkt zu betrachten, wie dieser Auffassung gemäß der bloße Uebernahmevertrag zwischen dem alten und neuen Schuldner zu beurtheilen ist. Dieser stellt nun noch keine vollendete Succession dar, sondern nur ein pactum de succedendo. Erst mit der Vollziehung desselben durch den Successionsvertrag zwischen Gläubiger und Uebernehmer, treten die Rückwirkungen des Geschäfts auf das Deckungsverhältniß ein. Erst von diesem Zeitpunkte an steht die Uebernahme der Zahlung gleich; sie gewinnt nun die Natur einer res, deren materielle Function den Gesetzen der Anweisung folgt. Bei den Römern blieb das Geschäft in dem vorangehenden Stadium in der Regel ein unvollkommen klagbarer Realcontract. Dies ist jetzt anders geworden. Für uns entspringt also aus dem Uebernahmevertrag ein obligatorischer Anspruch des Schuldners gegen den Uebernehmer auf Vollziehung der Succession. Und zwar wird diesem nicht schon durch die Verpflichtung des Uebernehmers

8) Dies hat auch Windscheid, Kritische Ueberschau S. 43 richtig hervorgehoben.

9) Ich halte es deshalb z. B. für keine glückliche Bestimmung, daß nach Art. 113. des Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuchs die Haftung des neuen Theilnehmers an einer Handelsgesellschaft für deren vorher eingegangene Verbindlichkeiten mit seinem Eintritt, und nicht vielmehr mit der Eintragung desselben in das Handelsregister beginnt.

dem Gläubiger gegenüber, sondern erst durch die Befreiung des Schuldners Genüge gethan, denn erst dies ist die Leistung, welche ihm zu Gute kommt. Der Uebernehmer muß also dem Schuldner Liberation schaffen; er ist nicht bloß, wie Delbrück und nach ihm Kuntze (a. a. O. S. 334) annimmt, auf eine Art von Evictionspflicht beschränkt.

Quellenregiſter.

1. Vorjuſtinianiſche Quellen.

Cato de re rustica c. 147. — 236.
Varro de re rustica II. c. 1. — 226.
» » » » II. c. 2. — 225. 236.
Cicero in Verrem I. c. 36. — 94.
» » » I. c. 39. — 85.
» » » II. c. 7. — 96.
» » » II. c. 70. — 93.
» » » II. c. 76. 77. — 81.
» pro Roscio com. c. 1. — 96.
» » » » c. 3. — 84.
» ad Atticum IV., 18. — 93.
» ad familiares VII., 23. — 87.
» » » XIII., 27. — 184.
» de officiis III., 16. — 226. Note 1.
» de finibus V., 29. — 184.
Valerius Maximus VIII., 2. §. 2. — 90.
Seneca de beneficiis II., 13. III., 15. — 93.
» » » VI., 5. — 40. 102.
Quintilianus de inst. orat. IV., 2. §. 6. — 183. Note 2., 315.
Gaji institutiones:
II. §. 38. — 146. 159. 352. 358. 379.
» §. 39. — 352. 360.
» §§. 252. 253. — 403. 404.
III. §. 123. — 168.
» §. 129. — 88.
» §. 130. — 80. 91.
» §. 170. — 136. 138. 147.
» §. 173. — 136.
» §. 176. — 146. 148. 159. 160. 359.
III. §. 177. — 146. 156. 159. 175.
» §. 178. — 175. 188.
» §. 179. — 149. 158. 188.
» §. 180. — 140. 141.
» §. 181. — 141.
IV. §. 34. — 404.
» §. 35. — 399. 404.
» §. 55. — 183.
» §. 84. — 375.
» §§. 86. 87. — 362.
» §§. 97. 98. — 381.
» §. 101. — 370.
» §§. 106—108. — 142.
» §. 116. — 316.
» §§. 131. 132. — 181.
Vaticana fragmenta:
§. 260. — 36. 389. 424.
§. 263. — 36. 377. 424.
§. 317. — 365.
§. 329. — 87.
§§. 331. 332. — 368.
Pauli receptae sententiae:
I. 2. §. 4. — 366.
II. 17. §. 2. — 229.
» 22. §. 1. — 213.
V. 7. §. 1. — 214.
» 8. interpr. — 247.
» 8. §. 1. — 378.
» 9. §. 3. — 244.
Codex Theodosianus:
c. 7. de cognitoribus et procuratoribus (2,12). — 368.

2. Juſtinianiſche Quellen.

A. Inſtitutionen.

3,15. quibus modis re contrahitur.
§. 1. — 62.
3,22. de litterarum obligatione. — 328.
3,27. de mandato.
§. 2. — 59. 104.
§. 6. — 53.
3,30. quibus modis tollitur obligatio.
§. 2. — 165.
§. 3. — 187. 256. 273.
4,7. quod cum eo qui in aliena potestate est.
§. 4. — 54.

B. Digeſten.

const. (Tanta) de confirmatione digestorum.
§. 8. — 29.
2,11. si quis cautionibus.
l. 4. §. 5. — 292.
2,14. de pactis.
l. 7. §. 12. — 220.
l. 9. pr. — 97.
l. 10. §. 1. — 242.
l. 10. §. 2. — l. 13. — 394.
l. 16. pr. — 404. 405. 422.
l. 27. §. 2. — 248. 255. Note 2.
l. 30. §. 1. — 157.
l. 30. §. 2. — 158.
2,15. de transactionibus.
l. 4. — 166. 256.
l. 17. — 420. 422.
3,3. de procuratoribus.
l. 16. — 391.
l. 25. — 392.
l. 28. — 367.
l. 32. — 393.
l. 33. §. 3. — 375.
l. 42. §. 2. — 376.
l. 55. — 393. 402.
l. 65. — 389.
3,4. quod cujusque universitatis nomine.
l. 6. §. 3. — 367.
3,6. de calumniatoribus.
l. 2. — 60.
4,4. de minoribus.
l. 40. pr. — 326. 332.
4,8. de receptis.
l. 34. pr. — 97.
12,1. de rebus creditis.
l. 9. §. 3. — 238.
l. 15. — 45. 72. 325.
12,1. l. 32. — 46. 102. 110.
l. 40. — 200. 314.
12,2. de jurejurando.
l. 26. §. 2. — 145.
12,4. de condictione causa data causa non secuta.
l. 7. pr. — 124.
l. 9. pr. — 44. 74.
l. 9. §. 1. — 64. 125.
12,6. de condictione indebiti.
l. 24. — 297.
l. 31. — 296.
l. 57. §. 1. — 57. 63.
12,7. de condictione sine causa.
l. 1. — 289.
l. 3. — 291.
13,1. de condictione furtiva.
l. 17. — 155.
13,5. de pecunia constituta.
l. 18. §. 3. — 185.
l. 24. — 245. 359. 435. 444.
13,7. de pignoraticia actione.
l. 9. §. 3. — 196. 210.
l. 11. — 207. 208.
l. 18. pr. — 408. 416. 419.
l. 42. — 39.
14,3. de institoria actione.
l. 19. §. 3. — 45. 117.
14,6. de SC. Macedoniano.
l. 3. §. 3. — 325.
l. 20. — 246. 283. 303.
15,1. de peculio.
l. 3. §. 6. — 56.
l. 32. pr. — 181.
l. 51. — 34. 391.
l. 53. — 36.
15,4. quod jussu.
l. 5. pr. — 54.

16,1. ad SC. Vellejanum.
l. 5. — 102.
l. 8. §. 2. — 64. 127.
l. 8. §. 3. — 74. 102. 114.
l. 8. §. 5. — 46.
l. 8. §. 11. — 203.
l. 13. §. 1. — 207.
l. 19. §. 5. — 108.
l. 20. — 203.
l. 27. §. 2. — 46. 104.
17,1. mandati.
l. 10. §. 6. — 39. 379.
l. 12. §. 5. — 56.
l. 22. §. 2. — 104.
l. 26. §. 2. — 102. 103.
l. 34. pr. — 72. 324. 335.
l. 45. §. 4. — 56. 108. 117.
l. 45. §. 5. — 65. 118.
l. 45. §. 7. — 104.
l. 45. §. 8. — 105.
l. 59. pr. — 379.
17,2. pro socio.
l. 41. 42. — 243.
l. 71. pr. — 222. 234. 242. 282.
18,5. de rescindenda venditione.
l. 3. — 237. 282.
l. 5. pr. — 199.
19,1. de actionibus empti.
l. 3. §. 1. — 232.
l. 4. pr. — 230.
l. 5. §. 1. — 294.
l. 11. §. 3. — 226. Note 8.
l. 11. §§. 8. 9. — 229.
l. 11. §. 18. — 231.
l. 25. — 282.
l. 28. — 242.
19,5. praescriptis verbis.
l. 9. — 34.
20,1. de pignoribus.
l. 13. §. 4. — 207.
l. 20. — 412.
20,4. qui potiores in pignore.
l. 3. pr. 12. §. 5. l. 21. pr. — 209.
21,1. de aedititio edicto.
l. 31. §. 20. — 229.
21,2. de evictionibus.
l. 2. — 229.
l. 9. 24—26. — 230.
l. 37. pr. — 229.
l. 37. §. 2. — 231.
21,2. l. 41. §. 1. — 229.
l. 60. — 231.
l. 61. — 60.
l. 68. §. 1. — 34.
22,1. de usuris.
l. 4. — 190. 232. 247.
l. 35. — 198.
22,3. de probationibus.
l. 25. §. 4. — 295. 300. 323. 447.
23,3. de jure dotium.
l. 5. §. 8. — 44.
l. 19. — 44. 60.
l. 33. — 111.
l. 36—38. — 42. 65.
l. 41. §. 3. — 113.
l. 46. pr. — 112. 290.
l. 56. pr. — 46. 344.
l. 59. pr. — 45. 60.
l. 72. pr. — 448.
23,5. de fundo dotali.
l. 14. pr. — 44. 60.
24,1. de donationibus inter virum et uxorem.
l. 3. §. 12. — 43.
24,3. soluto matrimonio.
l. 22. §. 2. — 194.
l. 32. — 125.
l. 64. §. 4. — 114.
l. 66. §. 2. — 38.
l. 66. §. 4. — 280.
26,7. de administratione tutorum.
l. 22. — 378.
l. 57. pr. — 133. Note 2. 248.
31,1. de legatis II.
l. 77. §. 6. — 58. 70.
l. 77. §. 18. — 35.
l. 88. §. 15. — 37.
33,2. de annuis legatis.
l. 21. §. 3. — 248.
33,4. de dote praelegata.
l. 11. — 379.
34,3. de liberatione legata.
l. 29. — 38.
35,1. de conditionibus et demonstrationibus.
l. 41. — 37.
36,1. ad SC. Trebellianum.
l. 27. §. 7. — 405.
l. 59. pr. — 208.
l. 65. §. 4. — 45. 60.

36,3. ut legatorum nomine.
l. 1. §. 14. — 294.
36,4. ut in possessione legatorum.
l. 1. pr. — 292.
37,6. de collatione bonorum.
l. 1. §. 12. — 34.
38,1. de operis libertorum.
l. 37. §. 4. — 60. 116. 128.
38,5. si quid in fraudem patroni.
l. 5. pr. — 44. 60.
l. 12. — 58.
39,5. de donationibus.
l. 2. §. 2. — 46.
l. 19. §. 3. — 56. 70.
l. 20. §. 1. — 306.
l. 21. pr. — 45.
l. 21. §. 1. — 46. 102. 116. 119.
l. 33. §. 3. — 46.
39,6. de mortis causa donationibus.
l. 18. §. 1. — 46. 113. 114. 118.
l. 31. §. 3. — 129.
40,1. de manumissionibus.
l. 4. §. 1. — 41.
40,7. de statuliberis.
l. 15. §. 1. — 60.
42,1. de re judicata.
l. 4. §. 4. — 247. 333.
l. 41. pr. — 46. 111. 125.
43,26. de precario.
l. 8. pr. — 66.
44,1. de exceptionibus.
l. 14. — 236. 282.
44,2. de exceptione rei judicatae.
l. 14. §. 2. — 182. 250.
44,4. de doli exceptione.
l. 2. §. 3. — 290. Note 3., 316.
l. 4. §. 16. — 316.
l. 4. §. 18. — 394.
l. 4. §. 19. — 430. Note 7.
l. 4. §. 21. — 46.
l. 5. §. 5. — 64.
l. 7. — 122.
44,5. quarum rerum actio.
l. 1. §. 4. — 163. 164.
l. 1. §. 10. — 64.
l. 1. §. 11. — 74.
44,7. de obligationibus et actionibus.
l. 3. §. 1. — 61.
l. 18. — 182.
l. 38. — 219.
44,7. l. 44. §. 5. — 239.
l. 44. §. 6. — 241.
l. 52. pr. §. 3. — 238.
45,1. de verborum obligationibus.
l. 5. pr. — 213.
l. 18. — 156. 177.
l. 21. — 280.
l. 25. — 177. 277.
l. 29. pr. — 178.
l. 29. §. 1. — 156. 173.
l. 38. pr. — 227.
l. 47. — 166. 279.
l. 53. — 219.
l. 56. §. 7. — 173. 174.
l. 56. §. 8. — 154. 173.
l. 58. — 191. 260.
l. 75. §. 3. — 345.
l. 75. §. 6. — 167.
l. 75. §. 9. — 199.
l. 75. §. 10. — 172.
l. 76. §. 1. — 197.
l. 83. §. 7. — 153.
l. 90. — 201.
l. 91. §. 6. — 153. 160. 173. 191. 254.
l. 115. — 240.
l. 122. §. 2. — 242.
l. 122. §. 5. — 245.
l. 126. §. 2. — 200. 238.
45,2. de duobus reis.
l. 3. pr. — 188. 255.
46,1. de fidejussoribus.
l. 18. — 102. 103.
l. 60. — 205.
46,2. de novationibus et delegationibus.
l. 1. pr. — 1. 132. 160. 307. 359.
l. 1. §. 1. — 138. 147. 149.
l. 2. — 138. 147. 160. 187. 191. 254. 273. 359. 438.
l. 5. — 344.
l. 6. pr. — 170. 255.
l. 6. §. 1. — 238.
l. 7. — 238. 251.
l. 8. pr. — 157. 173.
l. 8. §. 1. — 255.
l. 8. §. 2. — 171. 192. 255.
l. 8. §. 3. — 244. 250. 255.
l. 8. §. 4. — 151.
l. 8. §. 5. — 190. 255. 342. 380. 437. 438. 440.

46,2. l. 9. pr. — 244.
l. 11. — 31. 40. 47. 141.
l. 12. 13. — 64.
l. 14. pr. — 152. 155. 173.
l. 14. §. 1. — 279.
l. 15. — 202.
l. 16. — 250.
l. 17. — 30. 40. 100.
l. 18. — 198.
l. 19. — 119. 130.
l. 20. — 377.
l. 21. — 107.
l. 22. — 377.
l. 24. — 152.
l. 26. — 151.
l. 27. — 127. 164.
l. 28. — 160. 253.
l. 29. — 134. 140. 191. 196.
l. 30. — 209. 437.
l. 31. pr. — 152. 153.
l. 31. §. 1. — 173. 191. 202. 343.
l. 32. — 151.
l. 33. — 45.
l. 34. pr. — 379.
l. 34. §. 2. — 359.

46,3. de solutionibus et liberationibus.
l. 12. §. 2. — 57.
l. 18. — 69.
l. 19. — 38.
l. 23. — 380. 440.
l. 32. — 69.
l. 34. §. 3. — 57. 73.
l. 38. §. 1. — 57. 69.
l. 43. — 206.
l. 49. — 45. 60. 195.
l. 56. — 43. 55. 73.
l. 59. — 63.
l. 64. — 44. 60.
l. 66. — 63.
l. 72. §§. 1—3. — 154. 173.
l. 86. — 371.
l. 91. — 150. 342. 440.
l. 96. §. 2. — 35. 408.
l. 106. — 69.
l. 108. — 57. 70.

46,4. de acceptilatione.
l. 13. §. 10. — 342.
l. 18. §. 1. — 165.
l. 23. — 199.

50,8. de administratione rerum ad civitatem pertinentium.
l. 3. §. 2. — 248.

50,16. de verborum significatione.
l. 187. — 102.

50,17. de regulis juris.
l. 35. 100. — 136.
l. 180. — 43. 59.

C. Codex.

1,18. de juris et facti ignorantia.
c. 6. — 298. 303.

2,3. de pactis.
c. 14. — 240.

2,4. de transactionibus.
c. 4. — 195.
c. 6. — 223.

2,5. de errore calculi.
c. 1. — 298.

2,6. de postulando.
c. 3. — 318.

3,1. de judiciis.
c. 1. — 200.

4,2. si certum petatur.
c. 1. — 245. 297.
c. 6. — 333.

4,5. de condictione indebiti.
c. 2. — 64.
c. 3. 4. — 298.

4,6. de condictione ob causam datorum.
c. 4. — 319.

4,7. de condictione ob turpem causam.
c. 1. — 319.

4,9. de condictione ex lege.
c. 4. — 317.

4,10. de obligationibus et actionibus.
c. 1. — 398.
c. 2. — 35. 414.

4,15. quando fiscus vel privatus.
c. 3. — 417.
c. 5. — 401. 414.

4,18. de pecunia constituta.
c. 2. pr. — 298. 313.

4,28. ad SC. Macedonianum.
c. 2. — 305. Note 2.

4,29. ad SC. Vellejanum.
c. 1. 4. — 359.

4,30. de non numerata pecunia.
c. 1. — 320.
c. 2. — 319.
c. 5. — 330.
c. 6. — 446.
c. 7. — 317. 320.
c. 13. — 300. 308. 447.
4,35. mandati.
c. 3. — 392.
4,39. de hereditate vel actione vendita.
c. 2. — 448.
c. 5. — 401.
c. 7. — 408. 410.
c. 8. — 401. 411.
4,52. de communium rerum alienatione.
c. 2. — 245.
5,12. de jure dotium.
c. 6. — 223.
5,13. de rei uxoriae actione.
c. 1. — 431.
5,58. de contrario judicio tutelae.
c. 1. — 34.
6,37. de legatis.
c. 18. — 401.
6,44. de falsa causa adjecta legato.
c. 3. — 280.
7,54. de usuris rei judicatae.
c. 3. pr. — 140.
8,17. quae res pignori.
c. 4. — 408. 416. 420.
8,31. de luitione pignoris.
c. 2. — 208.
8,33. si pignoris conventionem.
c. 1. — 320.
8,37. de litigiosis.
c. 3. — 418.
8,41. de fidejussoribus.
c. 15. — 298.
8,42. de novationibus et delegationibus.
c. 1. — 39. Note 1.
c. 2. — 445.
c. 3. — 384. 392. 420. 436.
c. 5. — 45. 58. 129.
c. 6. — 68.
c. 8. — 187. 247. 257. 258. §§. 43. 44. S. 437.
8,45. de evictionibus.
c. 6. — 226.
8,54. de donationibus.
c. 2. 11. — 36. 424.
c. 33. — 377. 425.

3. Byzantinische Quellen.

Theophili paraphrasis ad institutiones.
III., 21—86.
III., 30. — 259. 260. 270.
IV., 6. — 313.

Thalelaei schol. ad. c. un. de rei uxoriae actione (Basil. 29,1. c. 119.) — 162.

Berlin, gedruckt in der Königlichen Geheimen Ober-Hofbuchdruckerei (R. v. Decker).

Verbeſſerungen.

S. 45 Z. 8 von unten ſtatt successio se lies successisse.
S. 64 Z. 13 von unten ſtatt gratie l. gratia.
S. 68 Z. 6 von unten ſtatt Inceſſomandatar l. Incaſſomandatar.
S. 70 Z. 19 von unten ſtatt legatio l. legatis.
S. 163 Z. 13 von oben muß die Parentheſe vor den Worten „auf letztere“ beginnen.
S. 183 Z. 21 von oben ſtatt gut l. wenig, wogegen Z. 22 das Wort wenig zu ſtreichen iſt.
S. 248 Z. 20 von oben ſtatt annius l. annuis.
S. 254 Z. 1 von unten zweimal ſtatt sine l. sive.
S. 310 Z. 12 von oben ſtatt antecedent l. antecedens.
S. 396 Note 2 ſtatt beſtehende l. beſtechende.
S. 410 Z. 4 von oben ſtatt hatte l. hätte.